

AULA 1: MEDIDA PROVISÓRIA

1 – BREVE HISTÓRICO

A medida provisória, desde a sua instituição pela atual Constituição, tem sido objeto de grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência pátrias, especialmente no que toca aos limites de atuação dessa espécie normativa.

Há muito reclamavam os juristas da necessidade de imposição de limites à atuação do Chefe do Executivo, que, desconsiderando os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, disciplinava as mais diversas matérias por meio desse ato normativo.

Isso porque o texto originário da vigente Constituição não trouxe nenhuma limitação material expressa à adoção de medida provisória, ou seja, não indicou positivamente certas matérias que não poderiam ser disciplinadas mediante esse instrumento normativo. Optou o legislador constituinte por estabelecer apenas um limite subjetivo à edição de medida provisória: a presença dos pressupostos de urgência e relevância.

Era o seguinte o texto constitucional originário:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

Como se vê, nos termos em que originariamente disciplinada na Constituição, qualquer matéria de natureza legal poderia, em tese, ser veiculada por meio de medida provisória, desde que atendidos os pressupostos de relevância e urgência.

2 – O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Da promulgação da Constituição Federal até o ano de 1995, não tivemos nenhum regramento, constitucional ou legal, a respeito do alcance e dos limites da medida provisória.

Nesse período, coube à interpretação jurisprudencial o estabelecimento de regras sobre a adoção desse ato normativo com força de lei, consubstanciadas nas diversas orientações emanadas do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete, precipuamente, a guarda da Carta Política.

As principais orientações do Supremo Tribunal Federal, algumas agora positivadas pelo legislador constituinte derivado, serão apresentadas e comentadas adiante.

3 – PRIMEIRAS LIMITAÇÕES EXPRESSAS À ADOÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

Em 1995, o poder constituinte derivado entendeu por necessário estabelecer, expressamente, as primeiras limitações à utilização de medida provisória, a saber:

1ª) a primeira vedação expressa do texto constitucional à edição de medida provisória veio com a EC n.º 5, ao proibir que medida provisória regulamente a exploração pelos Estados-membros dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º);

2ª) a segunda surgiu com a EC n.º 6, que acrescentou o art. 246 à CF, estabelecendo a vedação de que medida provisória regulamente artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

4 – A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, veio estabelecer novas e importantes alterações no trato constitucional dessa espécie normativa, especialmente no que diz respeito ao processo legislativo, ao prazo de eficácia, à possibilidade de reedição e às limitações materiais para sua adoção.

Analisaremos, nos subitens seguintes, as principais alterações perpetradas pela EC nº 32/2001, deixando para o final a apresentação de um quadro comparativo do instituto antes e depois da referida Emenda.

4.1 – NOVA REDAÇÃO DO ART. 62 DA CF (CAPUT)

A EC nº 32/2001 deu nova redação ao caput do art. 62 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional".

Nesse dispositivo, foi suprimida a parte final do texto original, que estabelecia que, estando o Congresso Nacional em recesso, seria ele convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Não há mais, portanto, a obrigatoriedade de convocação extraordinária do Congresso Nacional na hipótese de submissão de medida provisória à sua apreciação durante o recesso parlamentar.

4.2 – NOVAS LIMITAÇÕES MATERIAIS EXPRESSAS À ADOÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

A EC 32/2001 estabeleceu os contornos materiais para a utilização dessa espécie normativa, ao dispor que é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria (CF, art. 62, § 1º):

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Aspecto curioso é que não se incluiu os direitos individuais entre as matérias insuscetíveis de trato por medida provisória, embora não se possa regulamentá-los por meio de lei delegada (CF, art. 68, § 1º, II).

4.3 – INSTITUIÇÃO E MAJORAÇÃO DE IMPOSTOS POR MEDIDA PROVISÓRIA

A EC 32/2001 trouxe regra específica sobre a produção de efeitos de medida provisória que institua ou majore impostos, nos seguintes termos (CF, art. 62, § 2º):

"Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada".

Em síntese, a regra pode ser assim entendida:

1º) Na instituição dos impostos sobre importação de produtos estrangeiros (II), sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais e nacionalizados (IE), sobre produtos industrializados (IPI), sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativos a títulos e valores mobiliários (IOF) e sobre impostos extraordinários de guerra (IEG), a medida provisória produzirá efeitos desde a sua edição;

2º) Na instituição dos demais impostos, a medida provisória só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Essa regra, altamente moralizadora, veio reforçar o princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b"), impedindo que uma medida provisória publicada no dia 31/12 permita a exigência do imposto por ela criado ou majorado já a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, temos o seguinte:

a) Medida provisória que tenha majorado o ITR em novembro de 2001, mas cuja conversão em lei somente ocorreu em janeiro de 2002. A partir de que data referida majoração poderá ser exigida?

Resposta: Somente a partir de 01/01/2003.

b) Medida provisória que tenha majorado o ITR em novembro de 2001, e que tenha sido convertida em lei no dia 31/12/2001. A partir de que data referida majoração poderá ser exigida?

Resposta: A partir de 01/01/2002.

A ressalva aos impostos II, IE, IPI, IOF e IEG deve-se ao fato de que referidos impostos não estão sujeitos ao princípio da anterioridade, por expressa disposição do art. 150, § 1º, da CF.

Lamentável, a nosso ver, que o legislador constituinte reformador tenha instituído essa importante garantia da não-surpresa somente para os IMPOSTOS, deixando de fora as demais espécies tributárias (essa questão foi brilhantemente tratada pelo Prof. Marcelo Alexandrino aqui no site).

4.4 – PRAZO INICIAL DE EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

As medidas provisórias passam a ter eficácia pelo prazo de 60 (sessenta) dias a partir de sua publicação, suspendendo-se a contagem durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. Se não forem convertidas em lei nesse período, prorrogável uma única vez por igual período, perderão sua eficácia, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Nesse ponto a mudança foi a seguinte: antes da EC 32/2001, o prazo de eficácia da medida provisória era de 30 (trinta) dias, com a possibilidade de sucessivas reedições pelo Executivo; a partir da EC 32/2001, o prazo passou a ser de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período (a reedição, conforme veremos adiante, só será possível em sessão legislativa diferente).

4.5 – EFICÁCIA EXCEPCIONAL DE MEDIDA PROVISÓRIA

A EC 32/2001 trouxe duas situações em que a medida provisória terá uma eficácia distinta da regra geral acima apresentada:

1ª) A primeira situação está descrita no § 11 do art. 62, nos seguintes termos:

“Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

Vimos anteriormente que as medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, uma vez por igual período, perderão eficácia, desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Até a EC 32/2001, não havia fixação de prazo para que o Congresso Nacional disciplinasse tais relações jurídicas, tampouco previsão de qualquer consequência jurídica para a hipótese de inércia por parte do Congresso Nacional. Essa situação mudou com a referida emenda: agora, caso o Congresso Nacional não atue, por meio de decreto legislativo, no prazo de 60 (sessenta) dias após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por elas regidas.

Vejamos um exemplo:

Suponha que uma medida provisória tenha estabelecido um índice de reajuste mensal para determinado contrato em 5% (cinco por cento). Submetida à apreciação do Congresso Nacional, houve sua rejeição expressa pelas Casas Legislativas (ou transcorreu o prazo de sua eficácia sem apreciação). Nessa hipótese, por força do art. 62 da Carta Política, a medida provisória, em princípio, perderá sua eficácia desde a edição, devendo o Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas surgidas no período de sua vigência (isto é, deverá o Congresso Nacional baixar um decreto legislativo regulamentando como ficará a situação daquelas pessoas que, durante a vigência da medida provisória, deram aplicação ao índice de 5% por ela estabelecido).

Muito bem: antes da EC 32/2001, não havia prazo fixado para que o Congresso Nacional disciplinasse a situação; agora, após a EC 32/2001, o Congresso Nacional dispõe de 60 (sessenta) dias para disciplinar as relações surgidas no período. Nesse período, no exemplo dado, poderá o Congresso Nacional estabelecer o índice que entender conveniente (poderá ser 5%, 7%, 3%, poderá determinar a devolução de valores pagos com base na medida provisória etc.). Entretanto, caso ele não baixe o decreto legislativo nesse prazo de 60 (sessenta) dias, as relações do período considerar-se-ão reguladas pela medida provisória (no exemplo dado, o índice do período será de 5%, conforme previsto na medida provisória).

Observa-se que, nessa hipótese, diante da omissão do Congresso Nacional, embora a medida provisória não tenha sido convertida em lei, permanecerá ela com eficácia, regulando o período em

que teve vigência, com força de lei (entre a sua publicação e a rejeição pelo Congresso Nacional ou expiração do prazo para apreciação).

2ª) A segunda situação cuida da hipótese de conversão parcial de medida provisória pelo Congresso Nacional, quando a medida provisória adotada pelo Presidente da República é convertida em “projeto de lei de conversão”, em razão de alterações no seu texto original no momento da apreciação pelo Congresso Nacional. Nessa hipótese, dispõe a EC 32/2001 que a medida provisória manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto de lei de conversão.

A medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional poderá ser integralmente convertida em lei pelas Casas Legislativas; poderá, também, haver apenas sua conversão parcial, com a aprovação de apenas parte de seus dispositivos, com a introdução de alterações no seu texto etc.

Na primeira hipótese – conversão integral da medida provisória -, não há que se falar em sanção ou veto do Presidente da República, uma vez que está sendo aprovado exatamente o texto por ele adotado. Nesse caso, a lei de conversão será promulgada diretamente pelo Presidente do Congresso Nacional e encaminhada para publicação.

Na segunda hipótese – conversão parcial da medida provisória -, a medida provisória submetida ao Congresso Nacional transmuda-se para “projeto de lei de conversão”, em face das alterações introduzidas pelo Poder Legislativo. Nesse caso, como não foi aprovado na íntegra o texto adotado pelo Presidente da República, o “projeto de lei de conversão” será a ele encaminhado, para fins de sanção ou veto (a partir daí, o “projeto de lei de conversão” segue o trâmite normal aplicável aos demais projeto de lei, isto é: sanção expressa, promulgação e publicação; ou sanção tácita, promulgação e publicação; ou veto motivado, comunicação ao Presidente do Senado Federal, manutenção ou superação do veto pelo Congresso Nacional).

Exatamente para essa segunda hipótese, de conversão parcial, em que são introduzidas modificações no texto da medida provisória pelo Poder Legislativo, é que foi estabelecida pelo poder constituinte a regra aqui estudada: enquanto o “projeto de lei de conversão” não for sancionado ou vetado pelo Presidente da República, a medida provisória manter-se-á integralmente em vigor.

Em simples palavras, quis dizer o legislador: nessa hipótese de conversão parcial, como haverá necessidade de sanção ou veto do Presidente da República, ainda que ultrapassado o prazo limite de eficácia da medida provisória (60 dias, prorrogável por mais 60 dias), sua eficácia não será prejudicada, o ato normativo manter-se-á integralmente em vigor até que haja a manifestação do Chefe do Executivo.

4.6 – PRORROGAÇÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Esses dispositivos puseram termo à malsinada mania de sucessivas reedições de medidas provisórias pelo Executivo.

A meu ver, há que se destacar um aspecto a respeito da combinação desses dois dispositivos.

Não se deve confundir a PRORROGAÇÃO do prazo de eficácia da medida provisória com a possibilidade de sua REEDIÇÃO.

A prorrogação diz respeito ao prazo de eficácia da medida provisória, antes de sua apreciação pelo Congresso Nacional. Se o prazo inicial de 60 (sessenta) dias não for suficiente para o encerramento da votação nas duas Casas do Congresso Nacional, haverá uma única prorrogação por mais 60 (sessenta) dias. Somente após esses dois períodos (60 dias + 60 dias) é que, não sobrevivendo a conversão em lei, haverá perda de sua eficácia.

Esses prazos, reza o novo texto constitucional, não correrão durante os períodos de recesso parlamentar. Assim, se adotada uma medida provisória em 1º de junho, conta-se o prazo até 30 de junho (data em que se inicia o recesso parlamentar), suspende-se a contagem durante o recesso, recomeça-se a contagem a partir de 1º de agosto (data do retorno dos trabalhos legislativos).

A reedição diz respeito ao momento posterior à rejeição ou não conversão em lei da medida provisória. Quando se fala em reedição, a preocupação é com a possibilidade de a matéria que tenha sido objeto de uma medida provisória rejeitada ou prejudicada pelo decurso de prazo poder ser objeto de nova medida provisória. Agora, a partir da EC 32/2001, só poderá haver reedição em sessão legislativa distinta.

Como o meu negócio é objetividade, vejamos o seguinte exemplo: suponha que uma medida provisória tenha sido publicada e submetida à apreciação do Congresso Nacional em janeiro de 2002. Como se sabe, sua eficácia inicial é de 60 (sessenta) dias. Porém, se esse prazo de 60 dias não for suficiente para o encerramento da votação nas duas Casas do Congresso Nacional, haverá a prorrogação desse prazo por mais 60 dias, mantendo-se inalterada a eficácia da medida provisória. Agora, caso a medida provisória seja rejeitada pelo Congresso Nacional dentro desse novo prazo, ou tenha esgotado esse novo prazo sem sua conversão em lei, o Poder Executivo só poderá reeditar essa medida provisória na próxima sessão legislativa.

4.7 – CASA INICIADORA OBRIGATÓRIA

Dispõe o § 8º do art. 62 da Constituição que as medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

Em verdade, esse dispositivo traz duas importantes modificações no processo legislativo de apreciação das medidas provisórias no Congresso Nacional: primeiro, deixa claro que a medida provisória será apreciada pelas duas Casas Legislativas (até então a apreciação se dava em sessão conjunta do Congresso Nacional); segundo, que a votação será iniciada na Câmara dos Deputados, vale dizer, a Câmara funcionará como Casa Iniciadora obrigatória no processo legislativo de medida provisória.

Portanto, a partir da EC 32/2001, temos, segundo disposição expressa da CF, a Câmara dos Deputados como Casa Iniciadora obrigatória nos seguintes casos: projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores (CF, art. 64); projetos resultantes de iniciativa popular (CF, art. 61, § 2º) e medida provisória (CF, art. 62, § 8º).

4.8 – OBRIGATORIEDADE DE APRECIAÇÃO PELO PODER LEGISLATIVO DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

A EC 32 trouxe regra moralizante, no intuito de reforçar os pressupostos de relevância e urgência na edição de medida provisória, ao tornar obrigatória a apreciação desses requisitos pelas duas Casas do Congresso Nacional.

Dispõe o § 5º do art. 62 da CF que “a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”.

Como se vê, o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência passa a ser matéria preliminar, de apreciação obrigatória pelas Casas Legislativas antes do exame do mérito da medida provisória. Em simples palavras: antes do exame da matéria objeto da medida provisória (mérito), cada Casa Legislativa deverá examinar se estão presentes os pressupostos constitucionais que autorizam a edição dessa espécie normativa (urgência e relevância). Em caso negativo, sequer apreciarão o mérito, dando-se por ilegítima a adoção da medida provisória.

Em verdade, mesmo antes da EC 32/2001, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já era nesse sentido, orientando que a apreciação desses pressupostos era, em regra, incumbência dos Poderes Executivo (ao adotar a MP) e Legislativo (ao apreciá-la). Somente em situações excepcionais, em que houvesse excesso do poder de legislar, o Poder Judiciário emitiria juízo a respeito dos pressupostos urgência e relevância (ADIn 162/DF).

4.9 – PROCESSO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A apreciação das medidas provisórias, antes realizada em sessão conjunta do Congresso Nacional, passa a ser efetivada em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Porém, antes da apreciação em separado pelas Casas Legislativas, caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer.

Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional,

ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Em síntese, podemos assim visualizar o processo legislativo de apreciação de medida provisória editadas após a EC 32/2001:

1º) Adoção da MP pelo Presidente da República, submetendo-a, de imediato, ao Congresso Nacional;

2º) Chegando ao Congresso Nacional, será a MP examinada por uma Comissão Mista de Deputados e Senadores, que sobre ela emitirá parecer, opinando pela rejeição integral, pela conversão integral, ou pela conversão parcial;

3º) Emitido o parecer, começa a votação: primeiro na Câmara dos Deputados, depois no Senado Federal (lembrando que, em cada Casa Legislativa, antes da apreciação do mérito, deverá ser examinado o atendimento de seus pressupostos constitucionais – relevância e urgência);

4º) Como resultado da apreciação do Poder Legislativo, poderemos ter:

a) Rejeição Total: nessa hipótese, a medida provisória perderá a eficácia desde a edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas dela decorrente; caso o Congresso não edite o decreto legislativo nesse prazo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas; o Presidente da República só poderá reeditar a MP em sessão legislativa distinta.

b) Conversão integral em lei: nessa hipótese, não há que se falar em envio para sanção ou veto do Presidente da República, uma vez que está sendo convertido em lei exatamente o texto por ele adotado; logo, o Presidente do Congresso Nacional promulgará a lei de conversão e providenciará o envio para publicação oficial; como se vê, é uma hipótese de lei sem sanção no processo legislativo brasileiro (lei resultante de conversão integral de MP);

c) Conversão parcial: nessa hipótese, a medida provisória é transmudada para “projeto de lei de conversão”, em razão da alteração do texto originariamente adotado pelo Presidente da República (modificação, supressão ou acréscimo de texto); aprovado pelas duas Casas Legislativas, será o projeto encaminhado ao Presidente da República, para fins de sanção ou veto (anote-se que, nesse caso, há necessidade de manifestação do Presidente da República, pois o texto por ele adotado foi alterado no Congresso Nacional); a partir daí, o “projeto de lei de conversão” segue o trâmite de um projeto de lei ordinário (sanção, promulgação e publicação; ou veto, encaminhamento ao Presidente do Senado, manutenção ou rejeição do veto pelo Congresso Nacional).

Ainda sobre a hipótese de conversão parcial (letra “c”, acima), dois aspectos merecem destaque:

Primeiro: se da conversão parcial resultar rejeição de parte do texto adotado pelo Presidente da República quando da adoção da MP (isto é, se houver supressões na conversão parcial!), o Congresso Nacional deverá, em relação aos dispositivos suprimidos, disciplinar, por decreto legislativo, no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas deles decorrentes; caso o Congresso não edite o decreto legislativo nesse prazo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por eles regidas.

Exemplo: Medida provisória adotada com 100 (cem) artigos teve apenas 90 (noventa) deles convertidos em lei (os demais foram rejeitados).

Nessa hipótese, os 90 artigos aprovados pelas Casas Legislativas serão encaminhados ao Presidente da República para fins de sanção ou veto; quanto aos 10 artigos rejeitados, o Congresso Nacional deverá disciplinar, por decreto legislativo, no prazo de sessenta dias, as relações jurídicas deles decorrentes; caso o Congresso não edite o decreto legislativo nesse prazo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por eles regidas.

Segundo: Sempre que for aprovado “projeto de lei de conversão” pelas Casas Legislativas, alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto pelo Presidente da República, independentemente da expiração do seu prazo constitucional de eficácia (60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias).

Exemplo: Suponha que o projeto de lei de conversão, que alterou o texto adotado pelo Presidente da República na MP, somente tenha sido aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional no 119º dia após a edição da MP. No 120º dia o projeto é encaminhado ao Presidente da República para sanção ou veto.

Nesse caso, caso o Presidente da República somente venha sancionar ou vetar esse projeto quinze dias úteis depois, embora expirado o prazo constitucional, a medida provisória não perderá sua eficácia; ao contrário, manter-se-á integralmente em vigor durante esse período, até que o projeto seja sancionado ou vetado pelo Presidente da República.

4.10 – SESSÃO LEGISLATIVA EXTRAORDINÁRIA E MEDIDA PROVISÓRIA

A apreciação de medidas provisórias em vigor por ocasião de convocação de SLE é automática, independentemente de terem sido previamente incluídas na pauta de convocação dessa Sessão Legislativa. Reza o novo texto constitucional que as medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional deverão ser automaticamente incluídas na pauta da convocação.

4.11 – ALTERAÇÃO NO ART. 246 DA CF

Até a referida EC 32/2001, o art. 246 da Constituição Federal vedava a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

Esse dispositivo constitucional passou a ter a seguinte redação:

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."

Portanto, em face dessa nova redação, temos o seguinte:

1º) Artigos da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de EC promulgada antes de 1º de janeiro 1995 podem ser normalmente regulamentados por meio de medida provisória;

2º) Artigos da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de EC a partir de 1º de janeiro de 1995 até a EC 32/2001 (inclusive os artigos alterados pela EC 32/2001) NÃO podem ser regulamentados por meio de medida provisória;

3º) Artigos da Constituição cuja redação venha a ser alterada por meio de emenda a partir da EC nº 33 podem ser regulamentados por meio de medida provisória.

Ou, em síntese, só não podem ser regulamentados por meio de medida provisória os artigos cuja redação tenha sido alterada por emenda a partir de 1º de janeiro de 1995 até a EC nº 32/2001 (em verdade, essa vedação alcança os artigos que tenham sido modificados pelas emendas 5/1995 a 32/2001).

4.12 – REGRA ESPECIAL PARA AS MEDIDAS PROVISÓRIAS EDITADAS EM DATA ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DA EC 32

Dispõe o art. 2º da EC 32/2001:

"Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."

As novas regras até aqui estudadas somente se aplicam às medidas provisórias editadas após a publicação da Emenda Constitucional nº 32/2001. As medidas provisórias editadas em data anterior, continuarão em vigor, independentemente de qualquer outro ato (reedição, por exemplo), até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Portanto, essas medidas "provisórias" editadas em data anterior à publicação da EC 32/2001, tornaram-se, em princípio, independentemente de qualquer outro ato, espécies normativas definitivas, com força de lei, salvo se houver medida provisória superveniente que expressamente as revogue ou rejeição definitiva do Congresso Nacional.

Essa regra, de duvidosa constitucionalidade, terminou por transformar as medidas "provisórias" editadas em data anterior à EC 32/2001 (portanto para terem eficácia por apenas trinta dias!) em verdadeiras "leis permanentes", com vigência por prazo indeterminado. Enquanto não apreciadas pelo Congresso Nacional ou revogadas expressamente, continuarão vigendo, indefinidamente, como ato normativo com força de lei, independentemente de qualquer outro ato do Executivo ou do

Legislativo (não há, nesse caso, necessidade de reedição ou da prorrogação formal do prazo de sua eficácia).

Ora, se o Congresso Nacional, antes da EC 32/2001, tinha o prazo de trinta dias para apreciar referidas MPs, por que não criar uma regra transitória mais razoável, mais condizente com o princípio da segurança jurídica? Por que, ao invés de conferir-lhes vigência indefinida, não foi estabelecido um novo prazo, ainda que mais longo, para que fossem apreciadas? Com a devida vênia, acho que esse foi o ponto fraco da EC 32/2001...

5 – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para concluirmos o assunto medida provisória, vejamos as principais orientações do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa espécie normativa, exaradas em datas anteriores à promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001. Algumas continuam em plena consonância com o novo texto constitucional; outras restaram prejudicadas, em face dos novos contornos traçados pelo legislador constituinte derivado.

5.1 - POSSIBILIDADE DE REEDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

Até a edição da EC 32/2001, a orientação do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que a medida provisória adotada pelo Presidente da República e não apreciada pelo Congresso Nacional poderia ser, legítima e sucessivamente, reeditada. Somente na hipótese de rejeição expressa do Congresso Nacional não se admitia a reedição, em homenagem ao princípio da Separação dos Poderes da República.

Essa orientação, após a EC 32/2001, restou prejudicada, pois o novo texto constitucional veda expressamente a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Mas, cuidado: a EC 32/2001 não pôs fim à possibilidade de reedição de medida provisória; a possibilidade de reedição continua a existir, desde que em sessão legislativa distinta (a EC veda, apenas, que haja reedição **na mesma sessão legislativa**).

5.2 - IMPOSSIBILIDADE DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA RETIRAR MEDIDA PROVISÓRIA SUBMETIDA À APRECIACÃO DO CONGRESSO NACIONAL

As medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se da autoridade que as instituiu.

Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que, por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível que seja ela retirada do Congresso Nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não, convertida em lei (ADIMC 221/DF).

Essa orientação veio vedar uma prática que se tornava corriqueira no Poder Executivo: uma vez editada e submetida a medida provisória à apreciação do Poder Legislativo, o Presidente da República solicitava a sua retirada, no intuito de que fosse desconsiderada, com eficácia ex tunc (retroativa), a sua edição.

Essa orientação continua plenamente compatível com o texto constitucional.

5.3 - REVOGAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA AINDA NÃO APRECIADA PELO CONGRESSO NACIONAL

Se por um lado entende o Supremo Tribunal Federal que a medida provisória submetida ao Congresso Nacional não pode ser retirada, por outro, aceita o Tribunal que medida provisória nessa situação seja revogada por outro ato normativo da mesma espécie.

Nessa situação - quando medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra - fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a medida provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar (ADIMC 1659/DF).

Nesse ponto, há que se destacar a diferença entre a **retirada** de medida provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional (hipótese que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite) e a **revogação** dessa mesma medida por outra (hipótese aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

A distinção jurídica está na eficácia dos dois atos: a **retirada**, nos moldes em que pretendida pelo Presidente da República, surtiria efeitos retroativos (ex tunc), desconstituindo a medida provisória desde a sua edição; a **revogação**, ao contrário, é dotada de eficácia ex nunc.

Essa orientação continua plenamente compatível com o texto constitucional.

5.4 - VÍCIOS NA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA E SUA POSTERIOR CONVERSÃO EM LEI: SUPERAÇÃO

Entende o Supremo Tribunal Federal que a conversão em lei da medida provisória tem o condão de superar as alegações de inocorrência de seus pressupostos constitucionais de urgência e relevância (ADIn 1.417/DF).

Segundo essa orientação, os eventuais vícios ocorridos na edição da MP, no que tange à ausência dos requisitos de urgência e relevância, não contaminam a lei de conversão, não acarretando a invalidade desta. Ainda que não tenha se verificado a ocorrência dos referidos pressupostos na edição da medida provisória, a sua conversão em lei pelo Congresso Nacional tem o condão de sanar essa irregularidade.

Essa orientação continua plenamente compatível com o texto constitucional.

5.5 – APRECIACÃO DOS REQUISITOS DE URGÊNCIA E RELEVÂNCIA NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

Outra questão objeto de grande controvérsia na doutrina e mesmo na jurisprudência foi a competência para aferição dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância, justificadores da edição de medida provisória.

Estaria essa competência no âmbito da discricionariedade do Presidente da República, ou os Poderes Legislativo e Judiciário poderiam fiscalizar a presença de tais pressupostos?

A questão foi objeto de grande discussão também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo aquele tribunal firmado orientação no sentido de que a aferição dos pressupostos de relevância e urgência tem caráter político, ficando sua apreciação, em princípio, por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se uma ou outra, relevância ou urgência, evidenciar-se impropriedade, no controle judicial, o Poder Judiciário deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória (ADIn 162/DF).

Desse modo, os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de medidas provisórias, decorrem, em princípio, do juízo de discricionariedade, oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o excepcional controle judiciário quando há excesso do poder de legislar (ADIMC 1.417/DF).

Essa jurisprudência não foi prejudicada pela EC 30/2001. Entretanto, cabe ressaltar que referida EC tornou obrigatória a apreciação pelas Casas Legislativas da presença dos citados pressupostos constitucionais, ao dispor que “a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias **dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais**” (CF, art. 62, § 5º).

5.6 – MEDIDA PROVISÓRIA E INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO

A medida provisória, tendo força de lei, é instrumento idôneo para instituir e modificar tributos e contribuições sociais (AGRAG-236976).

Cabe ressaltar que, considerando que medida provisória tem força de lei ordinária, podem ser instituídos por meio dessa espécie normativa apenas aqueles tributos que não requerem lei complementar para a sua instituição.

Por essa razão, não podem ser instituídos por meio de medida provisória os impostos instituídos pela União no uso de sua competência residual (CF, art. 154, I), o imposto sobre grandes fortunas (CF, art. 153, VII), os empréstimos compulsórios (CF, art. 148) e as contribuições para manutenção e custeio da seguridade social, instituídas pela União no uso de sua competência residual, nos termos do art. 195, § 4º, da Constituição.

Essa jurisprudência não foi prejudicada pela EC 32/2001, devendo ser observada, porém, quanto à instituição de **IMPOSTOS**, a nova regra constante do § 2º do art. 62 da CF, segundo a qual “medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II,

IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

5.7 – IMPOSSIBILIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA DEFINIR CRIMES E COMINAR PENAS

A medida provisória não constitui instrumento idôneo para a instituição de crime ou fixação de pena.

A EC 32/2001 positivou essa orientação, ao vedar a adoção de medida provisória para dispor sobre direito penal, processual penal e processual civil.

5.8 – IMPOSSIBILIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA DISPOR SOBRE MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR

A medida provisória não pode dispor sobre aquelas matérias cuja disciplina, por exigência da Constituição, requeira lei complementar.

A EC 32/2001 positivou essa orientação.

5.9 – POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO PARCIAL DE MEDIDA PROVISÓRIA

A conversão meramente parcial não descaracteriza a situação jurídica emergente da transformação da medida provisória em lei, notadamente quando as modificações introduzidas pelo Poder Legislativo não implicarem alteração substancial do conteúdo material do ato normativo editado pelo Presidente da República (RE 178324/DF).

Entende o Supremo Tribunal Federal que o fato de o Congresso Nacional, na apreciação de medida provisória, glosar certos dispositivos não a prejudica, no campo da eficácia temporal, quanto aos que subsistiram (ADI 1753/DF).

Essa orientação foi expressamente admitida pela EC 32/2001, ao dispor que quando “aprovado projeto de lei de conversão **alterando o texto original da medida provisória**, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto (essa regra foi examinada no subitem 4.5).

5.10 – MEDIDA PROVISÓRIA E INSTITUIÇÃO OU MODIFICAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA A SEGURIDADE SOCIAL: CONTAGEM DO PRAZO NONAGESIMAL (ART. 195, § 6º, DA CF)

No caso de medida provisória posteriormente convertida em lei, não havendo alteração significativa do texto na conversão, o termo inicial do prazo de noventa dias previsto no art. 195, § 6º, da CF deve ser contado da data da publicação da medida provisória inaugural, e não da lei de conversão.

No entanto, o prazo de noventa dias previsto no art. 195, § 6º, da CF será contado a partir da data da publicação da respectiva lei de conversão, e não daquela em que editada a medida provisória, se esta houver sido substancialmente alterada pelo Congresso Nacional - hipótese de conversão parcial.

Essa orientação, também, não restou prejudicada com a promulgação da EC 32/2001. Adotada pelo Presidente da República uma medida provisória majorando uma contribuição social destinada à seguridade social, esta poderá ser exigida noventa dias após a sua publicação, independentemente da sua conversão em lei (conforme vimos, o Congresso Nacional dispõe de até 120 dias para a apreciação da medida provisória – 60 dias prorrogáveis por mais 60).

5.11 – MEDIDA PROVISÓRIA PODE DISCIPLINAR MATÉRIAS QUE NÃO PODEM SER OBJETO DE DELEGAÇÃO LEGISLATIVA – LEI DELEGADA (CF, ART. 68, § 1º).

O legislador constituinte, ao disciplinar a possibilidade de delegação legislativa, relacionou determinadas matérias para as quais não se admite a edição de lei delegada (CF, art. 68, § 1º).

Alguns autores, entre eles o Professor José Afonso da Silva, embasados em tal disposição constitucional, afirmam que se o Congresso Nacional não pode delegar tais matérias ao Presidente da República para que este as regule mediante lei delegada, menos ainda poderá o Presidente da República, por iniciativa sua, regulá-las por meio de medida provisória.

Essa posição, porém, não encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No nosso entender, a EC 32/2001 filiou-se à orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não se aplicam à medida provisória as vedações constitucionais relativas à delegação legislativa (CF, art. 68, § 1º).

Isso porque referida EC não vedou expressamente a utilização de medida provisória para disciplinar todas as matérias vedadas à lei delegada. Os **direitos individuais**, por exemplo, não podem ser

objeto de delegação legislativa (CF, art. 68, § 1º, II), mas não foram incluídos pela EC 32/2001 entre aquelas matérias que não podem ser tratadas por meio de medida provisória.

6 – INSTITUIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS

Segundo orientação dominante na doutrina e na jurisprudência, os Estados-membros podem instituir medida provisória.

QUADRO-RESUMO

	Antes da EC 32/2001	Após a EC 32/2001
1. Eficácia.	Período de 30 dias, improrrogável.	Período de 60 dias, prorrogável uma única vez por igual período.
2. Convocação extraordinária do Congresso Nacional para apreciação da MP.	Obrigatória, para reunir-se no prazo de cinco dias.	Não há mais previsão de convocação.
3. Reedições.	O Presidente da República podia reeditar a MP não apreciada pelo Congresso Nacional sucessivas vezes.	A MP que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo só poderá ser reeditada em sessão legislativa distinta.
4. Limitações materiais expressas no texto constitucionais à edição de MP.	Havia, apenas, dois dispositivos que vedavam a adoção de MP: o art. 25, § 2º, e o art. 246.	A nova redação do § 1º do art. 62 da CF enumera uma série de matérias que não poderão ser disciplinadas por meio de MP.
5. Instituição de Impostos sujeitos ao princípio da anterioridade.	MP publicada no dia 31/12 era suficiente para fazer cumprir o princípio da anterioridade em relação à instituição ou majoração de quaisquer impostos, independentemente de sua conversão em lei.	MP que institua ou majore impostos, exceto II, IE, IPI, IOF e IEG, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.
6. Pressupostos de relevância e urgência.	Não havia previsão constitucional expressa que obrigasse o Poder Legislativo a examiná-los.	A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito da MP passou a depender de juízo prévio sobre o atendimento de tais pressupostos.
7. Apreciação da MP.	A apreciação da MP era em sessão conjunta do Congresso Nacional.	A apreciação passou a ser em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional, com início obrigatório na Câmara dos Deputados.
8. MPs editadas antes da publicação da EC 32/2001.	A continuidade de sua eficácia dependia de reedição pelo Presidente da República a cada trinta dias.	Continuarão em vigor até que MP ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, sem necessidade de novas reedições.
9. O art. 246 da CF.	Vedava a regulamentação de artigos da CF cuja redação	Passou a vedar a regulamentação de artigos da

	tenha sido alterada por meio de emenda constitucional a partir de 1995.	CF cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação da EC 32/2001.
--	---	--

EXERCÍCIOS.

- 1 – Submetida uma medida provisória à apreciação do Congresso Nacional, estando este em recesso haverá convocação extraordinária para se reunir no prazo de cinco dias.
- 2 - É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral.
- 3 – Não se admite a edição de medida provisória versando sobre direito penal, processual penal e processual civil.
- 4 – É vedada a edição de medida provisória que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.
- 5 – A Emenda Constitucional 32/2001 veda a instituição de impostos por meio de medida provisória, exceto no caso de II, IE, IPI, IOF e impostos extraordinários.
- 6 – Sabe-se que o Imposto de Renda é um dos tributos sujeitos ao princípio da anterioridade tributária, insculpido no art. 150, III, “b”, da Constituição Federal. Logo, medida provisória que majore o Imposto de Renda em outubro de 2001 permite a exigência dessa majoração somente a partir de 1º de janeiro de 2002, independentemente de sua conversão em lei.
- 7 – Na hipótese de perda de eficácia de medida provisória, deve o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrente.
- 8 - A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.
- 9 - Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de cento e vinte dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.
- 10 - As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. Antes, porém, caberá a uma comissão de Deputados examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer.
- 11 - É vedada a reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.
- 12 - É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de qualquer emenda anterior à promulgação da EC 32/2001, inclusive.
- 13 - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da EC 32/2001 continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.
- 14 - Medida provisória pode dispor sobre matéria reservada à lei complementar, desde que seja aprovada pela maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.
- 15 - Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o prazo de 90 dias para cobrança da contribuição social, instituída por medida provisória, conta-se a partir do primeiro dia de vigência da medida inaugural.
- 16 - Medida provisória é um típico instrumento do processo legislativo federal, sendo vedada a sua utilização no plano estadual.
- 17 - Matéria objeto de medida provisória rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional pode ser objeto de nova medida provisória na mesma sessão legislativa.
- 18 - Os direitos individuais não podem ser regulados por medida provisória.
- 19 - As medidas provisórias não se submetem a processo de controle de constitucionalidade.

- 20 - Segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não se pode editar medida provisória nas matérias que não podem ser disciplinadas mediante edição de lei delegada.
- 21 - Em casos de especial urgência é possível, por meio de medida provisória, tipificar como crime condutas danosas à sociedade.
- 22 - Não se afigura legítima a revogação de medida provisória antes do decurso do prazo constitucionalmente fixado para sua apreciação pelo Congresso Nacional.
- 23 - Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode o Poder Judiciário, em casos excepcionais, examinar a existência do pressuposto relativo à urgência para a edição de medida provisória.
- 24 - Uma medida provisória só será eficaz quando for convertida em lei, o que deverá ocorrer até sessenta dias após a sua edição.
- 25 - A medida provisória não pode regular diferentemente assunto já disciplinado por lei ordinária.
- 26 - Não podem ser objeto de medida provisória as matérias que não podem ser objeto de delegação.
- 27 - O Presidente da República pode retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória recém-editada.
- 28 - Após a promulgação da EC 32/2001, a reedição de medida provisória, em qualquer caso, afeta o princípio da divisão dos Poderes, sendo, por isso, inconstitucional.
- 29 - Nada obsta que sejam as medidas provisórias reeditadas logo em seguida à sua rejeição pelo Congresso Nacional, desde que em sessão legislativa distinta.
- 30 - As medidas provisórias, por não serem leis formais, não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade abstrato perante o Supremo Tribunal Federal.

GABARITO:

1E 2C 3C 4C 5E 6E 7C 8C 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15C 16E 17E 18E 19E 20E 21E 22E 23C 24E 25E
26E 27E 28E 29C 30E

AULA 2: PODER CONSTITUINTE

1 - NOÇÕES

As normas constitucionais, por ocuparem o topo do ordenamento jurídico, são elaboradas mediante processo próprio, mais dificultoso do que aqueles ditados pela própria ordem jurídica, que são voltados para a criação do direito ordinário. Assim, diz-se que a Constituição surge da decisão de um poder dimanado da própria soberania do povo, resultado da vontade de produzir e organizar o modo e a forma da existência de um Estado. A manifestação dessa vontade constitui o que chamamos de **Poder Constituinte**.

Feitas essas considerações, podemos conceituar genericamente o poder constituinte como aquele que cria, põe em vigor, altera, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional. Seu papel é participar da criação e distribuição das competências supremas do Estado, por meio do regramento constitucional. A Constituição é, pois, produto ou resultado daquele Poder, quer seja no momento de sua elaboração, quer seja em sua reforma.

2 - TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Nos Estados democráticos, a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular. Somente o povo é legítimo para determinar, por si ou por seus representantes, o estabelecimento de uma Constituição. Caso esta advenha de outra fonte (um ditador, p. ex.), é porque ocorreu usurpação.

Em razão de sua titularidade pertencer ao povo, o poder constituinte é permanente, isto é, não se esgota em um ato de seu exercício, visto que o povo não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade. Assim, elaborada a Constituição pelo poder constituinte, permanece ele em estado de latência, no seu assento natural, que é o povo, podendo posteriormente emergir, para modificá-la profundamente, ou mesmo substituí-la, com a criação de uma nova.

3 - EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE

Embora na atualidade haja um consenso teórico em afirmar ser o povo o titular do poder constituinte, o seu exercício nem sempre tem se realizado democraticamente. De fato, em diversos países o poder constituinte tem sido exercido por indivíduos ditatoriais, pela criação autocrática da Constituição, uma forma de exercício do poder constituinte pela única vontade do detentor do poder, sem nenhuma representação nem participação do povo.

Assim, embora legitimamente o poder constituinte pertença sempre ao povo, temos duas formas distintas para o seu exercício: outorga e assembléia nacional constituinte.

A outorga é o estabelecimento da Constituição pelo próprio detentor do poder, sem a participação popular. É ato unilateral do governante, que autolimita o seu poder e impõe as regras constitucionais ao povo.

A assembléia nacional constituinte é a forma típica de exercício do poder constituinte, em que o povo, seu legítimo titular, democraticamente, outorga poderes a seus representantes especialmente eleitos para a elaboração da Constituição.

4 - ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE

A doutrina costuma distinguir as seguintes espécies de poder constituinte: poder constituinte originário, poder constituinte derivado e poder constituinte decorrente.

O poder constituinte originário (também denominado genuíno, primário ou de primeiro grau) é o poder de elaborar uma Constituição. É um poder que cria inicialmente a ordem jurídica. Essa criação pode dar-se a partir do nada, no caso do surgimento da primeira constituição do Estado, ou mediante a ruptura da ordem anterior e a implantação de uma nova. Em qualquer dos casos, não encontra limites no direito positivo anterior, não deve obediência a nenhuma regra jurídica preexistente, não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo, cabendo somente a ele exprimir a idéia de direito prevalente no momento e que então moldará a estrutura jurídica do Estado. Pode ir de encontro ao direito adquirido, pois não há direito adquirido contra a Constituição.

Portanto, podemos caracterizar o poder constituinte originário como inicial, permanente, absoluto, soberano, ilimitado, incondicionado, permanente e inalienável (Alguns autores fazem a ressalva de que a sua ilimitação se restringe ao âmbito do direito positivo interno, já que encontra limites no Direito Internacional, bem assim no direito natural).

O poder constituinte derivado (também denominado reformador, secundário, instituído, constituído, de segundo grau, de reforma) é o poder que se destina a modificar a Constituição, segundo as regras que ela estabelece. É o poder de reforma, que permite a mudança da Constituição, adaptando-a a novas necessidades, sem que para tanto seja preciso recorrer ao poder constituinte originário. É um poder derivado (porque instituído pelo poder constituinte originário), subordinado (porque se encontra limitado pelas normas estabelecidas pela própria Constituição, as quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade) e condicionado (porque o seu modo de agir deve seguir as regras previamente estabelecidas pela própria Constituição).

Essas limitações ao poder constituinte derivado (ou de reforma) são comumente classificadas em três grandes grupos: limitações temporais, limitações circunstanciais e limitações materiais.

As limitações temporais consistem na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais. A Constituição insere norma proibitiva de reforma de seus dispositivos por um prazo determinado. Não estão presentes na nossa vigente Constituição, sendo que no Brasil só a Constituição do Império estabelecia esse tipo de limitação, visto que, em seu art. 174, determinava que tão-só após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada.

As limitações circunstanciais evitam modificações na Constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da reforma. A atual Constituição consagra tais limitações, ao vedar a emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º).

As limitações materiais excluem determinadas matérias ou conteúdo da possibilidade de reforma, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a sua destruição ou impliquem profunda mudança de sua identidade. Tais limitações podem ser explícitas ou implícitas.

As limitações materiais explícitas correspondem àquelas matérias que o constituinte definiu expressamente na Constituição como inalteráveis. O próprio poder constituinte originário faz constar na sua obra um núcleo imodificável. Tais limitações inserem-se, pois, expressamente, no texto constitucional e são conhecidas por "cláusulas pétreas".

Na vigente Constituição, estão prescritas no art. 60, § 4º, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais".

As limitações materiais implícitas são aquelas matérias que, apesar de não inseridas no texto constitucional, estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de implicar a ruptura da ordem constitucional. Isso porque, caso pudessem ser modificadas pelo poder constituinte derivado, de nada adiantaria a previsão expressa das demais limitações. São apontadas pela doutrina três importantes limitações materiais implícitas, a saber:

(1) **a titularidade do poder constituinte originário**, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

(2) **a titularidade do poder constituinte derivado**, pois seria um despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário; e

(3) **o processo da própria reforma constitucional**, senão poderiam restar fraudadas as limitações explícitas impostas pelo constituinte originário.

O poder constituinte decorrente é aquele atribuído aos Estados-membros para se auto-organizarem mediante a elaboração de suas constituições estaduais, desde que respeitadas as regras limitativas impostas pela Constituição Federal. Como se vê, também é um poder derivado, limitado e condicionado, visto que é resultante do texto constitucional.

Um último aspecto deve ser ressaltado: parte da doutrina tende a considerar como poder constituinte só o poder inicial de elaborar uma Constituição (originário), distinguindo-o do poder de reforma constitucional (derivado) e da auto-organização dos Estados (decorrente).

EXERCÍCIOS.

1 - (AGENTE PF/97): Quanto ao poder constituinte derivado, este encontra limitações impostas pelo poder constituinte originário.

2 - (AGENTE PF/97): Ao poder constituinte instituído, há limitações de ordens temporal, circunstancial e material.

3 - (AGENTE PF/97): Do ponto de vista do direito interno, considera-se o poder constituinte originário não sujeito a qualquer limitação.

4 - (PAPILOSCOPISTA PF/97): O poder constituinte originário está sujeito, juridicamente, a limitações oriundas das normas subsistentes da ordem constitucional anterior.

5 - (PAPILOSCOPISTA PF/97): O poder constituinte derivado está sujeito, do ponto de vista do direito interno, a certas limitações, cuja observância pode ser aferida por meio do controle de constitucionalidade.

6 - (AFCE/TCU/2000) É pacífico, entre nós, que não existem limitações implícitas ao poder constituinte de reforma.

7 - (AFCE/TCU/2000) Uma proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir uma cláusula pétrea não pode sequer ser levada à deliberação do Congresso Nacional.

8 - (AFCE/TCU/2000) As emendas à Constituição expressam meio típico de manifestação do poder constituinte originário.

9 - (AFCE/TCU/2000) O poder de reforma ou de emenda é um poder ilimitado na sua atividade de constituinte de primeiro grau.

10 - O poder constituinte originário, também chamado poder de reforma, é ilimitado na sua atuação.

GABARITO:

1C 2C 3C 4E 5C 6E 7C 8E 9E 10E

AULA Nº 3: A REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA

A representação interventiva, prevista na vigente Constituição no art. 36, III e IV, destina-se ao controle da constitucionalidade da intervenção federal em Estado-membro, em duas hipóteses distintas:

1ª) ofensa aos chamados *princípios constitucionais sensíveis* (CF, art. 36, III);

2ª) recusa à execução de lei federal (CF, art. 36, IV).

Por essa razão – ser ela meio de efetivação do controle de constitucionalidade –, é também denominada por alguns autores de *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* ou, abreviadamente, *ADIn interventiva*.

O entendimento é muito simples: em caso de desrespeito aos *princípios sensíveis*, ou de *recusa à execução de lei federal* pelo Estado-membro, poderá o Procurador-Geral da República representar perante o Poder Judiciário, visando à obtenção da declaração de inconstitucionalidade do ato estadual infringente, para fins de intervenção federal.

A representação do Procurador-Geral da República será:

- a) perante o Supremo Tribunal Federal, se a ofensa do Estado-membro for aos chamados *princípios sensíveis*;
- b) perante o Superior Tribunal de Justiça, se o caso for de *recusa à execução de lei federal* pelo Estado-membro.

Os chamados *princípios sensíveis* estão enumerados no art. 34, inciso VII, da CF, a saber:

- (a) forma republicana, sistema federativo e regime democrático;
- (b) direitos da pessoa humana;
- (c) autonomia municipal;
- (d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e
- (e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Para o fim de concurso público, considero relevantes as seguintes informações sobre o assunto:

- (1) quais são os chamados *princípios sensíveis* (CF, art. 34, VIII);
- (2) na hipótese de ofensa aos *princípios sensíveis*, a competência para a propositura da representação é do Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal – STF (CF, art. 36, III);
- (3) na hipótese de recusa à execução de lei federal, a competência para a propositura da representação é do Procurador-Geral da República, perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ (CF, art. 36, IV).

Ademais, é importante frisar que na representação interventiva a declaração do Poder Judiciário sobre a inconstitucionalidade do ato praticado pelo Estado-membro não tem o condão de torná-lo nulo. A pronúncia dos Tribunais (STF ou STJ, a depender da hipótese de intervenção) apenas constata a ilegitimidade do ato estadual, legitimando o processo de intervenção.

Há que se ressaltar, também, que a representação interventiva não é o instrumento pelo qual se decreta a intervenção federal, constituindo mero pressuposto para a sua eventual e ulterior efetivação. Aliás, sequer possui o Poder Judiciário a incumbência de cuidar da intervenção: decretar e executar a intervenção federal é matéria de competência privativa do Presidente da República (CF, art. 84, X).

Assim, a decisão proferida pelo Poder Judiciário limita-se a constatar que o Estado-membro agiu inconstitucionalmente, ferindo *princípio sensível* da ordem federativa ou recusando a dar execução à lei federal no seu âmbito. Sendo a representação julgada procedente, o Poder Judiciário comunicará ao Presidente da República, a fim de que este possa decidir sobre a execução do processo de intervenção e, se for o caso, empreender as medidas necessárias à sua efetivação.

A intervenção federal poderá, então, consumir-se pela edição de decreto do Presidente da República, desde que o Poder Judiciário tenha dado provimento à referida representação, e somente na hipótese de mostrar-se ineficaz a simples suspensão da execução do ato impugnado, tudo nos termos do art. 36, III, § 3º, da CF, e na forma ali estatuída.

Outro aspecto que, de pronto, já merece ser “guardado” para as aulas futuras: é inequívoca a diferenciação entre a finalidade da representação interventiva e a da ação direta de inconstitucionalidade – ADIn.

A ADIn, conforme veremos oportunamente, tem por objeto a preservação do sistema jurídico, constituindo modalidade genérica de defesa da ordem constitucional contra quaisquer atos com ela incompatíveis.

A representação interventiva, ao contrário, tem função específica: está restrita às hipóteses expressamente previstas para a intervenção da União nos Estados-membros, ficando a sua propositura sempre condicionada à ocorrência dos pressupostos apontados no art. 36, III e IV, da Constituição Federal.

Por último, vale lembrar que também há previsão constitucional para a representação interventiva no plano estadual, precisamente no art. 35, IV, da Carta.

Na esfera estadual, a competência para a propositura da representação interventiva foi conferida pela Constituição Federal ao Procurador-Geral de Justiça, e a sua apreciação compete ao Tribunal de Justiça (CF, arts. 35, IV e 129, IV).

Desse modo, nos exatos termos constitucionais, os Estados-membros poderão intervir nos seus respectivos Municípios, caso o Tribunal de Justiça dê provimento à representação do Procurador-Geral de Justiça para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (CF, arts. 35, IV e 129, IV).

EXERCÍCIOS.

- 1) (CESPE/AFCE/TCU/99): A Constituição estadual pode estabelecer que a representação interventiva, no plano estadual, deverá ser proposta pelo Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado.
- 2) (ESAF/ AGU/99): Compete ao Advogado-Geral da União a propositura da representação interventiva, no caso de afronta aos chamados *princípios sensíveis*.
- 3) (ESAF/AGU/99): A Constituição estadual pode atribuir ao Chefe da Advocacia do Estado a competência para propor a representação interventiva contra os municípios.
- 4) (ESAF/AUDITOR FORTALEZA/CE/98): Cabe ao órgão responsável pela advocacia do Estado-membro a propositura de representação interventiva contra Município.
- 5) (ESAF/TTN/98): Compete ao Advogado-Geral do Estado a formulação de representação interventiva contra o Município.
- 6) (ESAF/AGU/98): A não-aplicação pelo Estado-membro do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais configura violação a *princípio constitucional sensível*, podendo dar ensejo à representação para fins de intervenção federal.
- 7) (CESPE/ESCRIVÃO PF/98): A intervenção federal pode ser utilizada como mecanismo para o controle de constitucionalidade de atos em face da Constituição Federal.
- 8) (ESAF/AGU/98): Compete ao Advogado-Geral da União a formulação da representação interventiva contra o Estado-membro, no caso de eventual lesão aos *princípios sensíveis*.
- 9) (ESAF/ANALISTA COM. EXTERIOR/98): Compete ao Advogado-Geral da União a formulação da representação interventiva.
- 10) (CESPE/DELEGADO PF/97): A intervenção federal também pode funcionar como mecanismo de controle de constitucionalidade.
- 11) (ESAF/AFC/96): A representação interventiva, nos casos de ofensa aos chamados princípios sensíveis, pode ser proposta, no plano federal, pelo Procurador-Geral da República ou pelo Advogado-Geral da União e, no plano estadual, pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelo Procurador-Geral do Estado.

12) (ESAF/AFTN/96): No caso de alegada violação aos chamados *princípios sensíveis*, a decretação da intervenção federal dependerá de provimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, de representação do Procurador-Geral da República.

13) (ESAF/AFTN/96): Cabe à Advocacia-Geral do Estado formular a representação perante o Tribunal de Justiça para assegurar a observância pelos Municípios de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6C 7C 8E 9E 10C 11E 12E 13E

AULA Nº 4: HIERARQUIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, o que possibilitaria, em tese, a existência de normas constitucionais inconstitucionais, é defendida por importante corrente doutrinária, liderada pelo constitucionalista **Otto Bachof**.

Essa tese, porém, não encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, essa tese é incompatível com o sistema de Constituição rígida, como é o caso da CF/88, pois em tal regime são indistintamente constitucionais todos os dispositivos constantes da Constituição, independentemente da natureza de seu conteúdo material.

Esse entendimento também é dominante entre os constitucionalistas pátrios: sendo a nossa Constituição do tipo rígida, formal e solenemente elaborada por um órgão constituinte, não se pode falar em normas “constitucionais” e “não constitucionais”, ou em normas “inferiores” ou “superiores” em seu texto. Nessa espécie de Constituição, são tidas por constitucionais todas as normas integrantes do texto escrito, sem distinção quanto ao seu conteúdo; vale dizer, as normas insertas nesse documento são constitucionais pelo só fato de dele constarem, pouco importando a sua natureza.

Essa questão já foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, impetrada pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul, conforme comentado a seguir.

De fato, em 1996, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul argüiu a inconstitucionalidade das expressões “*para que nenhuma daquelas unidades tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados*” do parágrafo 1º e da expressão “*quatro*” do parágrafo 2º, ambos do art. 45 da Constituição Federal.

O primeiro dispositivo questionado estabelece os limites, mínimo e máximo, do número de Deputados que cada unidade da Federação poderá ter, proporcionalmente à respectiva população, e nos termos da regulamentação em lei complementar (art. 45, § 1º); o segundo, art. 45, § 2º, da CF, determina o número fixo de quatro Deputados por Território.

Entendeu o Governador do Estado do Rio Grande do Sul que tais regras geraram tratamento desigual entre as unidades da Federação, ferindo, por conseguinte, diversos princípios constitucionais “superiores”, dentre eles o da igualdade (CF, art. 5º), o da igualdade do voto (CF, art. 14) e o da Federação (art. 60, § 4º, I), erigidos como cláusulas pétreas pela atual Carta Política.

Em sua argumentação, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul salientou, entre outras teses, que os cidadãos pertencentes aos Estados do Sul e do Sudeste, que constituem 57,70% da população do País e participam na formação da riqueza nacional com quase 80% do PIB, só contribuem com 45% do Congresso Nacional. De outro lado, os cidadãos das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, constituindo apenas 42,3% da população brasileira e participando com menos de um quarto do PIB (22,6%), detêm na composição do Congresso Nacional nada menos do que 54,3%. Essas distorções, resultantes da aplicação da regra insculpida no aludido art. 45 da CF, alegou o Governador Gaúcho, são inconstitucionais (ADIn 815).

Apreciando a matéria, o STF, em magistral acórdão, deliberou pelo não conhecimento da ADIn, por impossibilidade do pedido, deixando assente, em síntese, as seguintes orientações (que muito lhe interessam para fim de concurso público):

(1) A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, desenvolvida por Otto Bachof, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é impossível com o sistema de Constituição rígida, vale dizer, no nosso ordenamento constitucional, todas as normas originárias são da mesma hierarquia, inclusive as que encerram cláusulas pétreas;

(2) Para fim de controle de constitucionalidade, é irrelevante a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais, por possuírem o mesmo valor, a mesma força, não se podendo, desse modo, sustentar a existência de normas “constitucionais inconstitucionais”;

(3) O STF não tem competência para, quer seja no controle de constitucionalidade difuso, quer seja no abstrato, fiscalizar o Poder Constituinte originário, isto é, para apreciar a legitimidade de normas constitucionais originárias;

(4) As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais "inferiores" em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado, ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.

EXERCÍCIOS.

1) (ESAF/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, existem normas de hierarquia diferenciada na Constituição.

2) (ESAF/AGU/98) Segundo o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, normas constitucionais originárias não podem ser objeto de controle de constitucionalidade.

3) (ESAF/AFTN/96) O Supremo Tribunal Federal tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder constituinte originário.

4) (CESPE/POLÍCIA CIVIL/DF/98) O Supremo Tribunal Federal (STF) vem adequando a jurisprudência com relação ao controle de constitucionalidade às exigências de ordem prática. Nessa perspectiva evolutiva, o STF já declarou a inconstitucionalidade de norma constitucional oriunda do poder constituinte originário.

5) (ESAF/AFRF/2001) Uma norma constitucional, fruto do poder constituinte originário, não pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que não esteja de acordo com algum princípio fundamental, inspirador da Constituição, como o da isonomia e o da democracia.

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5C

AULA Nº 5: COLISÃO (OU CONFLITO) DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não são ilimitados, sendo certo que encontram limites nos demais dispositivos da própria Carta (o tema “limitação dos direitos fundamentais” será objeto de aula específica).

É completamente (e aqui cabe essa expressão forte!) equivocada a idéia de que os direitos fundamentais foram concebidos pelo legislador constituinte como direitos absolutos, insuscetíveis de restrição. Aliás, seria absurda a idéia de que tais direitos possuem o condão de, p. ex., servir de manto agasalhador para a prática de atividades ilícitas!

Dessa forma, cada direito fundamental previsto na Constituição deve ser interpretado com uma dose de relatividade, em harmonia com os outros direitos nela assegurados. Não podemos entender que o poder constituinte originário quis atribuir valor e alcance absolutos a um dado direito. Num linguajar singelo, para nós concursandos, seria mais ou menos o seguinte: cada direito consignado na Carta deve ser entendido como “asseguro-lhe isto, mas em consonância com os outros direitos e princípios estabelecidos nesta Constituição”. Ou, ainda, assim: “todo direito fundamental traz, em si, uma ressalva ou restrição, significando que há necessidade, para o gozo desse direito, de observância aos demais mandamentos constitucionais”.

Essa ressalva, evidentemente, não precisa ser expressa (até porque seria estapafúrdia tal repetição em todos os dispositivos constitucionais!).

A relatividade de alguns direitos “salta aos olhos”, senão vejamos: “é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII). Mas, a partir daí, vêm as restrições: a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII), poderá ser objeto de requisição (art. 5º, XXV), desapropriação por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social (arts. 5º, XXIV, e 184) e até mesmo de expropriação (art. 243).

Por outro lado, existem outros direitos fundamentais que, à primeira vista, nos passam uma idéia de garantia absoluta: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII).

Entretanto, na própria Constituição existem ressalvas expressas a essa “inviolabilidade absoluta”, nos casos de eventual decretação de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 136, I, “b” e “c”; art. 139, III).

Feitas essas modestas e breves considerações, resta-nos examinar a questão objeto desta aula: como resolver a colisão de direitos fundamentais? Qual solução deve ser dada pelo intérprete/aplicador da norma constitucional diante de um conflito entre direitos fundamentais?

O entendimento é singelo.

Em primeiro lugar, deve ser afastada, de pronto, a idéia de estabelecer hierarquia entre os dispositivos conflitantes, com vistas a conferir eficácia integral a um deles (“direito hierarquicamente superior”), aniquilando em sua totalidade o outro (“direito inferior”).

Aliás, vimos na aula passada que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refuta, veemente, a tese de hierarquia entre quaisquer normas constitucionais originárias. Ora, se não podemos estabelecer relação de hierarquia entre uma cláusula pétrea e outro dispositivo constitucional apenas formalmente constitucional, muito menos poderíamos aventar a idéia de hierarquia entre direitos fundamentais!

Em verdade, o processo de solução para conflito de direitos fundamentais passa, necessariamente, por uma palavra: ponderação. Assim, repise-se, não se deve vislumbrar a possibilidade de aplicação daquele princípio “hierarquicamente superior”, atribuindo primazia absoluta a este, de forma a aniquilar completamente o “inferior”. Ao contrário, o intérprete deverá coordenar, harmonizar, combinar os dispositivos conflitantes, de forma a evitar o sacrifício absoluto de um em face do outro.

Nessa trilha, deverá reduzir proporcionalmente o alcance de tais dispositivos, com vistas a assegurar a verdadeira finalidade da norma, bem assim a unidade e harmonia da Constituição.

EXERCÍCIO.

1) (ESAF/AGU/98) No caso de colisão entre direitos fundamentais, deve o intérprete identificar o direito ou a garantia hierarquicamente superior a fim de solver o conflito.

GABARITO:

1E

AULA Nº 6: CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em três gerações: direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

Os direitos de primeira geração são aqueles que buscam valorizar o homem, garantindo-lhe as clássicas **liberdades** da sociedade civil. Correspondem aos direitos e garantias individuais clássicos, há mais tempo reconhecidos ao homem (direitos civis e políticos).

Os direitos de segunda geração acentuam o princípio da **igualdade** entre os indivíduos, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos foram reconhecidos no início do século, especialmente com o surgimento dos direitos sociais (direito ao trabalho, previdência social, amparo à doença etc.).

Os direitos de terceira geração realçam o princípio da **solidariedade/fraternidade**, visando a proteger a coletividade, a todo o gênero humano, de modo subjetivamente indeterminado (interesses difusos), **e não especificamente os interesses de um indivíduo identificado em sua singularidade**. Representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes ou futuras, que têm direito à proteção da integridade dos bens de uso comum do povo. Exatamente por esse motivo, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-los e preservá-los para as presentes e futuras gerações. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à paz, ao progresso etc.

Como se vê, os direitos de primeira, segunda e terceira gerações acentuam os ideais clássicos da Revolução Francesa: *liberdade* (primeira geração), *igualdade* (segunda geração) e *fraternidade* (terceira geração).

Presentemente, todos esses direitos são reconhecidos expressamente pelos mais diversos ordenamentos constitucionais, inclusive pela nossa Carta.

Essa classificação dos direitos fundamentais não significa, evidentemente, que tenha havido uma sucessão abrupta de uns direitos por outros. Evidencia, na verdade, tão-somente uma ordem histórica cronológica em que tais direitos passaram a ser reconhecidos (e previstos) nos diversos textos constitucionais.

As breves considerações acima expendidas tomaram por base importante julgado do Supremo Tribunal Federal (MS 22.164-0/SP), no qual o Min. Celso de Mello leciona magistralmente sobre o assunto em apreço.

Nesse julgado, foi proclamado que o art. 225 da Constituição, que cuida da proteção ao meio ambiente, constitui um típico direito de terceira geração, que assiste a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a obrigação do Estado e da própria sociedade de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, "evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves **conflitos intergeracionais** marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social".

O Min. Celso de Mello, sintetizando a classificação dos direitos fundamentais, proclamou que: "Enquanto os **direitos de primeira geração** (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os **direitos de segunda geração** (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os **direitos de terceira geração**, que materializam poderes de **titularidade coletiva** atribuídos genericamente a todas as formas sociais, consagram o princípio da **solidariedade** e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, **enquanto valores fundamentais indisponíveis**, pela nota de uma essencial **inexauribilidade**..."

EXERCÍCIOS.

1) Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, como são conhecidos, sucederam-se historicamente, de maneira que os direitos fundamentais de primeira geração hoje não são mais aplicados.

2) Os direitos fundamentais de primeira geração estão associados à liberdade; os de segunda, à igualdade; os de terceira, à fraternidade.

- 3) Historicamente, os direitos que hoje se conhecem como fundamentais surgiram como limitações à ingerência abusiva do Estado na esfera individual; esses direitos, essencialmente ligados à defesa da liberdade, são o que atualmente se denomina direitos de primeira geração (ou de primeira dimensão).
- 4) Os chamados direitos fundamentais de terceira geração têm por precípua preocupação os bens e valores jurídicos da coletividade, enquanto os de primeira e segunda gerações têm no indivíduo o seu foco principal de proteção.

GABARITO:

1E 2C 3C 4C

AULA Nº 7: RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em outras oportunidades já afirmamos aqui que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em verdade, não se pode cogitar, no ordenamento pátrio, de direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, uma vez que razões de interesse público legitimam a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de tais liberdades, desde que respeitados, evidentemente, os termos estabelecidos na própria Constituição.

A própria Carta, em diversos de seus dispositivos, prevê a atuação restritiva do legislador ordinário ("nos termos da lei", "na forma da lei", "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" etc.).

A doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que tais direitos e garantias expõem-se a restrições autorizadas, expressas ou implícitas, pelo texto da própria Constituição, já que não podem servir como manto para acobertar abusos ou violações do indivíduo em prejuízo à ordem pública.

Assim, se por um lado os direitos e garantias fundamentais consubstanciam um direito de defesa do indivíduo em face das interferências ilegítimas do Poder Público, por outro a própria Constituição outorga ao legislador o poder de estabelecer restrições ao exercício desses direitos. Essas restrições são classificadas pela doutrina em: *reservas legais simples* e *reservas legais qualificadas*.

A reserva legal simples ocorre quando a Constituição limita-se a estabelecer que eventual restrição do legislador ordinário seja prevista em lei. São exemplos os incisos VI ("na forma da lei"), VII ("nos termos da lei") e XV ("nos termos da lei"), ambos do art. 5º da CF. Anote-se que nesses casos, a **única** exigência imposta pelo texto constitucional para que ocorra a restrição é que esta seja veiculada em lei.

A reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição, além de exigir seja a restrição prevista em lei, estabelece, também, as condições ou os fins que devem ser perseguidos pela norma restritiva. Exemplo típico é o inciso XII do art. 5º da CF, que trata do sigilo das correspondências e das comunicações.

Observe que essa norma constitucional autoriza que a lei venha a estabelecer hipóteses para a violação das comunicações, restringindo o direito fundamental à inviolabilidade, mas indica os fins a serem seguidos pelo legislador ordinário ao estabelecer tais restrições: somente poderá haver limitação **para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**. Qualquer outra hipótese de restrição que não atenda a esses fins, ainda que prevista em lei, será tida por inconstitucional.

Outro inciso em que o legislador constituinte prescreveu uma **restrição legal qualificada** é o XIII, do mesmo art. 5º: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão...", diz a norma. Na parte final, permite que a lei venha estabelecer restrições a essa liberdade pública, mas, de pronto, já qualifica a ação do legislador ordinário: tais restrições somente poderão exigir, para o exercício do trabalho ou profissão, o atendimento de certas **qualificações profissionais**.

Vistas as espécies de restrições, vem o mais importante: é evidente que os direitos e garantias constitucionais **não são passíveis de ilimitada restrição**.

Quer seja hipótese de **restrição legal simples**, quer seja caso de **restrição legal qualificada**, a ação do legislador ordinário não é ilimitada, sob pena de tornar-se írrita, inválida. Essas restrições encontram limites, especialmente, no princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, que impõe ao legislador o dever de não estabelecer limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais. É a chamada **teoria dos limites dos limites**.

É fundamental ter essa visão acerca da possibilidade de limitação dos direitos fundamentais:

- (1) tais direitos, é certo, não têm caráter absoluto, podendo sofrer restrições;
- (2) tais restrições, no entanto, não são ilimitadas.

E, se pensarmos um pouco, é singelo esse entendimento, senão vejamos: por um lado, é inaceitável a idéia de um direito constitucional absoluto, intocável mesmo diante de situações de interesse público; por outro, seria absurdo admitir-se que a **lei** pudesse restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, extirpando o conteúdo da norma constitucional, suprimindo completamente a garantia originariamente outorgada pela **Constituição**...

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AGU/98) Não há limite constitucional expresso ou implícito para as chamadas "reservas legais simples.
- 2) Nos casos autorizados pela Constituição, pode o legislador ordinário alterar completamente a conformação de determinados direitos fundamentais.
- 3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a limitação aos direitos fundamentais há de observar o princípio da proporcionalidade.

GABARITO:

1E 2E 3C

AULA Nº 8: COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO (CPI)

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) surgiram no Brasil com a Constituição de 1934, tendo sido esquecidas na Constituição de 1937 e ressuscitadas na Constituição de 1946, de lá para cá figurando em todos os nossos textos constitucionais.

Como se vê, o instituto CPI não é novidade entre nós.

Entretanto, a atuação desses órgãos legislativos até hoje tem sido objeto de grande controvérsia, especialmente no tocante aos seus limites de ação, haja vista inexistir regramento competente nesse sentido.

Em verdade, em que pese o fato de o regimento das Casas Legislativas ter tratado de alguns aspectos concernentes ao funcionamento de tais comissões, a sua atuação, seus poderes de ação e suas limitações têm sido ditados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na atual Carta está prevista no art. 58, § 3º, nos seguintes termos:

“As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Iniciemos, pois, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca desse dispositivo constitucional.

(1) A orientação do STF sobre a expressão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”: embora se reconheça razoável o apelo à literalidade dessa expressão, o fato é que vem sendo firmada a orientação no STF no sentido de que os poderes da CPI não são os mesmos dos magistrados. A doutrina também acata tal entendimento, asseverando o chamado “princípio da reserva de jurisdição”, segundo o qual a prática de certos atos somente pode emanar dos juízes, e de ninguém mais. Nessas matérias, segundo esse princípio, os membros do Poder Judiciário têm o poder de dizer não apenas a última palavra, mas também a primeira. Portanto, a posição dominante, quer seja na doutrina, quer seja na jurisprudência do STF, é no sentido de reconhecer às CPI's poderes menores do que aqueles atribuídos constitucionalmente aos membros do Poder Judiciário. Ou, em outras palavras, tem-se homenageado o “princípio da reserva de jurisdição”, vale dizer, reconhecido a existência de atos cuja efetivação a Constituição atribuiu, com absoluta exclusividade, aos membros do Poder Judiciário, não podendo quaisquer outros órgãos imiscuir-se nessa área, ainda que sejam aqueles possuidores de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

(2) A orientação do STF sobre a expressão “para apuração de fato determinado”: a jurisprudência do STF consagrou o entendimento de que essa expressão não merece interpretação restritiva. Assim, segundo o tribunal, se por um lado é verdade que a CPI deve ser constituída para apurar fato determinado, por outro, não se deve negar-lhe o poder de investigar outros fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal. Portanto, havendo ligação entre os fatos conhecidos, a CPI tem poderes para promover a investigação, ainda que esta possa incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou processos judiciais que guardem somente conexão com o objeto da apuração (MS 23639, 21/02/2000).

(3) A orientação do STF sobre a expressão “por prazo certo”: o STF firmou entendimento de que essa determinação de prazo certo de funcionamento da CPI não deve ser visto como regra restritiva de ação da comissão. Ao apreciar questão que envolvia conflito entre norma regimental da Câmara dos Deputados - que fixa o prazo máximo de 120 para duração dos trabalhos da CPI - e a previsão da Lei n.º 1.579/52 - que prevê como limite de prazo para os trabalhos da CPI o término da legislatura -, decidiu o tribunal que o trato da matéria pelo regimento interno diz respeito apenas com as conveniências de administração da Casa Parlamentar, e que, assim, desde que respeitado o limite máximo fixado em lei - o fim da legislatura em curso -, nada impede seja o prazo inicialmente fixado sucessivamente prorrogado (HC 71261) . Portanto, a regra é muito simples: o § 3º do artigo 58 da Constituição não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura (na referida ação, p. ex., confirmou-se a legitimidade dos trabalhos de CPI constituída por prazo certo de 120 dias, que veio a ser prorrogado, por duas vezes, por mais 60 dias).

(4) A orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a Instituição de Limite para Criação de CPIS Simultâneas pelo Poder Legislativo: o STF considerou constitucional regra constante do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que limita em cinco o número de CPIs abertas simultaneamente naquela Casa Legislativa. Reza a norma regimental (art. 35, § 4º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados): "Não será criada Comissão Parlamentar de Inquérito enquanto estiverem funcionando pelo menos cinco na Câmara, salvo mediante projeto de resolução com o mesmo quorum de apresentação previsto no caput deste artigo".

Considerou o Supremo Tribunal Federal não caracterizada a ofensa ao § 3º do art. 58 da CF, sob o entendimento de que o artigo impugnado é norma disciplinadora do funcionamento da Câmara dos Deputados, compatível com o referido dispositivo constitucional (ADIn 1.635-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 19.10.2000).

(5) Depoimento de Congressista à CPI e imunidade material (art. 53 da CF): segundo a jurisprudência do STF, o depoimento prestado por membro do Congresso Nacional a uma CPI está protegido pela cláusula de inviolabilidade que tutela o legislador no desempenho do seu mandato, especialmente quando a narração dos fatos – ainda que veiculadora de supostas ofensas morais – guarda íntima conexão com o exercício do ofício legislativo e com a necessidade de esclarecer os episódios objeto da investigação parlamentar (INQO 681/SP).

(6) A intimação de Advogado por CPI e o Sigilo Profissional: segundo o STF, a intimação do paciente, que é advogado, para prestar depoimento à CPI, não representa violência às garantias inerentes à profissão. Uma vez convocado, o advogado está obrigado a comparecer perante a CPI. No entanto, se for o caso, poderá invocar, perante a comissão, os direitos decorrentes do seu "status" profissional, sujeitos os que se excederem ao crime de abuso de autoridade (HC 71039/RJ). Portanto, frise-se: o convocado deve comparecer à CPI, mas pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo, haja vista que esta garantia se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar.

(7) A jurisprudência do STF e o "privilégio contra a auto-incriminação": segundo a jurisprudência do STF, o princípio da não auto-incriminação alcança os depoimentos prestados à CPI, isto é, a pessoa não é obrigada a falar a verdade perante a CPI sobre fatos que possam incriminá-la. Em diversos julgados tem deixado assente o tribunal que "não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo perante CPI, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la" (HC 73035/DF).

(8) Legitimidade de permanecer calado perante CPI: a jurisprudência do STF entende como legítima a decisão do investigado de permanecer calado perante CPI. Só para lembrar, o direito de permanecer calado é um dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive aos presos (art. 5º, LXIII).

(9) Necessidade de motivação dos atos da CPI: a Constituição Federal impõe que todas as decisões emanadas dos magistrados sejam devidamente motivadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX). Evidentemente, a Constituição, ao conferir às CPI's os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, também estendeu a elas a obrigação de fundamentarem as suas decisões quando estiverem exercendo aqueles poderes. Em que pese tal questão ser bastante óbvia, o fato é que presidentes de CPI's têm tomado decisões importantes, muitas vezes restritivas de direitos do indivíduo, sem a devida motivação. Em tais situações o STF tem fulminado com a eficácia da decisão, considerando-a nula, despojada de qualquer validade jurídica.

(10) A questão da publicidade indevida aos dados sigilosos: o STF tem reiteradamente censurado a desmedida publicidade que alguns membros de CPI têm conferido aos dados sigilosos dos investigados, sobre os quais incide a garantia de inviolabilidade do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico.

De fato, tem sido comum a prática de alguns membros de CPI's que, sob os efeitos das câmaras de TV, que normalmente muito lhes interessam (não há melhor palanque eleitoral para divulgar-se nacionalmente na atualidade!), divulgam à toda sorte informações sigilosas dos indivíduos objeto de investigação pela Comissão.

O entendimento consagrado no STF é no sentido de que com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados (bancários, fiscais etc), transmite-se à CPI – enquanto depositária

desses elementos informativos -, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos (MS 23.452-1). Em simples palavras: quem quebra o sigilo passa a ser dele detentor.

Segundo o STF, “constitui comportamento altamente censurável – com todas as consequências de ordem penal que dele possam resultar – a transgressão, por membros de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeito e de preservação do sigilo concernente aos dados a ela transmitidos” (MS 23.452-1).

É evidente que essa orientação do STF não impede a divulgação dos dados quando há justa causa, seja no relatório final dos trabalhos da CPI (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público para as providências cabíveis em relação aos fatos apurados. O que não se admite é a publicidade indevida e arbitrária por membros da Comissão.

(11) CPI não oferece denúncia, não processa, não julga, não condena e não impõe pena: o papel da CPI é meramente inquiridor, esgota-se no relatório final da investigação, que é encaminhado ao Ministério Público. Não tem a CPI poderes para oferecer diretamente denúncia ao Poder Judiciário, tampouco para processar, julgar, condenar e impor responsabilização criminal ou civil ao investigado, ações estas da alçada exclusiva do Poder Judiciário.

(12) CPI não pode obstar o direito à assistência advocatória nas suas sessões: a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que CPI não pode impedir a presença de advogados dos investigados nas suas Sessões.

(13) CPI federal e investigação de atos de competência dos Estados e Municípios: segundo o STF, CPI das Casas do Congresso Nacional não dispõe de competência para investigar irregularidades no âmbito da competência constitucional dos Estados e dos Municípios; eventuais irregularidades no âmbito da competência desses entes federativos deverão ser apuradas por CPI do Poder Legislativo local (assembleia legislativa, ou Câmara Municipal, conforme o caso).

(14) CPI e atos entre particulares: segundo o STF, a CPI dispõe de competência para investigar atos entre particulares, que tenham conexão com o objeto de suas investigações.

(15) Convocação arbitrária por CPI e habeas corpus: segundo o STF, o remédio constitucional para afastar convocação arbitrária por CPI é o habeas corpus.

Finalmente, apresentaremos a seguir uma breve síntese da jurisprudência do STF sobre os limites da CPI em face de outros direitos dos cidadãos, bem assim diante da reserva de competência outorgada constitucionalmente ao Poder Judiciário.

Segundo o STF, a CPI pode, por ato próprio, desde que motivadamente:

- (a) convocar investigados e testemunhas a depor, incluindo autoridades públicas federais, estaduais e municipais;
- (b) determinar a condução coercitiva de testemunhas;
- (c) determinar as diligências que entender necessárias (é muito comum a solicitação de diligências ao Tribunal de Contas da União, à Secretaria da Receita Federal e à Polícia Federal, nas respectivas áreas de competência);
- (d) requisitar de repartições públicas informações e documentos de seu interesse;
- (e) determinar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico das pessoas por ela investigadas;
- (f) convocar juízes para depor, desde que a respeito de sua atuação como administrador público (função não-jurisdicional).

Em relação ao sigilo telefônico, cabe uma importante ressalva.

A jurisprudência do STF firmou orientação segundo a qual a quebra do sigilo telefônico (dos dados e registros telefônicos) é absolutamente inconfundível com a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas.

Para o Tribunal, o sigilo telefônico tem sua guarida constitucional no art. 5º, X, da CF, enquanto a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas tem sede constitucional no art. 5º, XII, da Carta.

Segundo essa orientação, a quebra do sigilo telefônico, incidente sobre os dados/registros telefônicos da pessoa, pode ser determinada diretamente pela CPI.

Anote-se que nesse caso trata-se de determinar a quebra dos registros pertinentes às comunicações telefônicas pretéritas, já realizadas pelo indivíduo, e que são armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário da chamada, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada etc. Na verdade, são aqueles dados constantes das denominadas "contas telefônicas", que também integram a ampla garantia da privacidade do indivíduo, insculpida no art. 5º, inciso X, da CF. Esse o sigilo que pode ser violado pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Aliás, aqueles que acompanharam os trabalhos da CPI do Judiciário devem estar lembrados de que nela foram levantados os registros telefônicos do Senador Luiz Estevão, do Distrito Federal, constatando-se inúmeras ligações para o sobejamente conhecido Juiz Nicolau, da faraônica obra do TRT Paulista.

Situação distinta é a interceptação (escuta) telefônica, que incide sobre algo atual, que está ocorrendo, e que goza da inviolabilidade prescrita no art. 5º, inciso XII, da CF. Esta, segundo a jurisprudência do STF, não pode ser autorizada pela CPI, já que só pode ocorrer, havendo ordem judicial, "para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal", circunstância essa que exclui, por completo, a possibilidade da Comissão Parlamentar determinar, por autoridade própria, tal escuta das conversações telefônicas. É muito simples a orientação do Tribunal: não sendo a CPI possuidora de competência para proceder à investigação criminal, está impedida constitucionalmente de autorizar a interceptação (escuta) telefônica.

Fique atento a respeito dessa distinção no próximo concurso, estou apostando que será solicitada.

Por outro lado, entende o STF que a CPI não pode, por autoridade própria:

- (a) decretar a busca e apreensão domiciliar de documentos;
- (b) determinar a indisponibilidade de bens do investigado;
- (c) decretar a prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância;
- (d) determinar a interceptação (escuta) telefônica (não confundir com a quebra do sigilo dos registros telefônicos);
- (e) convocar magistrados para depor a respeito de sua atuação típica, na função jurisdicional.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AFCE/TCU/99) As Comissões Parlamentares de Inquérito podem decretar a prisão provisória de eventual indiciado.
- 2) (ESAF/AFCE/TCU/99) As Comissões Parlamentares de Inquérito podem determinar a quebra de sigilo fiscal e bancário de pessoa submetida à sua investigação.
- 3) (ESAF/AFCE/TCU/99) As Comissões Parlamentares de Inquérito podem determinar a interceptação ou escuta telefônica de pessoa submetida à sua investigação.
- 4) (ESAF/AFCE/TCU/99) As Comissões Parlamentares de Inquérito podem determinar a busca e apreensão de documentos, no domicílio de pessoa submetida à sua investigação.
- 5) (ESAF/AFCE/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é legítima a decretação da indisponibilidade de bens pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.
- 6) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito podem determinar a quebra de sigilo bancário de eventuais indiciados.
- 7) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) Comissão Parlamentar de Inquérito dispõe de poderes para decretar a prisão preventiva de eventual indiciado.
- 8) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) Não se pode invocar sigilo profissional perante Comissão Parlamentar de Inquérito.
- 9) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) Não se pode alegar o direito de permanecer calado perante Comissão Parlamentar de Inquérito.

- 10) (ESAF/AFTN/98) A Comissão Parlamentar de Inquérito dispõe de poderes para decretar a prisão preventiva de eventual indiciado.
- 11) (ESAF/AGU/96) As Comissões Parlamentares de Inquérito, dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, podem determinar a prisão cautelar dos eventuais indiciados ou a condução coercitiva de testemunha.
- 12) (ESAF/AGU/96) As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a quebra do sigilo bancário de eventual investigado.
- 13) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO STM/99) O STF entende que os poderes investigatórios dos membros da CPI são menores que os dos juízes.
- 14) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO STM/99) Nenhuma testemunha pode, perante CPI, invocar direito de permanecer calada, alegando dever de manter sigilo profissional.
- 15) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO STM/99) Os poderes investigatórios de uma CPI afirmam-se como instrumentos básicos para que ela possa processar e julgar os acusados.
- 16) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO STM/99) O prazo para conclusão dos trabalhos de uma CPI há de ser determinado, o que não impede a possibilidade de sua prorrogação.
- 17) (ESAF/AFRF/2001) As CPIs são órgãos do Congresso Nacional encarregados de legislar sobre irregularidades da Administração Pública.
- 18) (ESAF/AFRF/2001) As CPIs são criadas, no âmbito do Congresso Nacional, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, para a apuração de fato determinado e por tempo certo.
- 19) (ESAF/AFRF/2001) As CPIs são órgãos permanentes do Congresso Nacional dotados de todos os poderes das autoridades judiciárias.
- 20) (ESAF/AFRF/2001) As CPIs são órgãos do Legislativo, auxiliares do Ministério Público, criados com a finalidade de realizar investigações policiais sobre crimes de relevância política.
- 21) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional norma do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que estipula limites para a criação simultânea de CPI naquela Casa Legislativa.

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15E 16C 17E 18C 19E 20E 21E

AULA Nº 9: ALGUMAS RELEVANTES ORIENTAÇÕES DO STF

Há, hodiernamente, uma certa unanimidade sobre a importância, para fim de concurso público, do conhecimento das orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

Prova maior disso é que temos recebido vastíssima quantidade de e-mail solicitando sejam abordadas mais e mais orientações daquele Tribunal em nossas aulas.

Tratarei hoje de algumas que considero relevantes, tecendo breves comentários sobre as interpretações expendidas pela Corte.

(1) **Art. 86, § 4º, da CF – Imunidade Processual do Presidente da República** – Reza o referido dispositivo que “O Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

A respeito desse dispositivo, o STF firmou as seguintes orientações:

(a) O Presidente da República não dispõe de **imunidade material** (exclusão absoluta da punibilidade), quer em face de ações judiciais que visem definir-lhe a responsabilidade civil, quer em função de processos instaurados por suposta prática de infrações político-administrativas, quer, ainda, em virtude de procedimentos destinados a apurar, para efeitos estritamente fiscais, a sua responsabilidade tributária (INQO 672/DF).

Portanto, o Presidente da República tem plena capacidade penal, que o sujeita não apenas à imputação dos chamados crimes de responsabilidade – objeto do processo político do impeachment –, mas também à dos crimes comuns, sejam eles os funcionais – praticados no exercício e em razão do exercício do mandato –, sejam infrações penais alheias ao exercício das funções presidenciais, cometidas antes ou durante o mandato.

(b) A garantia do art. 86, § 4º, da CF não representa imunidade material, mas sim **imunidade processual temporária**: nele não se prescreve que o Presidente é irresponsável por crimes não funcionais, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser responsabilizado no curso do mandato.

Em verdade, tal dispositivo apenas evita, durante o mandato, haja a persecução penal (“persecutio criminis”) contra o Presidente. Terminado o mandato, poderá o Presidente ser responsabilizado criminalmente.

E, frise-se, a regra abrange somente as infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República que **não guardem qualquer conexão com o exercício do ofício do mandato** (“atos estranhos ao exercício de sua funções”).

Assim, permite-se, na vigência do mandato, seja o Presidente responsabilizado pelos chamados crimes de responsabilidade (CF, art. 85), bem assim pelos crimes comuns conexos com o exercício do mandato (“in officio” ou “propter officium”), desde que, evidentemente, obtida a prévia autorização da Câmara dos Deputados (CF, art. 51, I) e observados os preceitos do art. 86 da mesma Carta.

(c) O referido privilégio alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Presidente, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial (INQO 672/DF).

(d) Em razão desse dispositivo – que impede temporariamente seja instaurado processo criminal contra o Presidente da República –, entende o STF que o curso da prescrição do tipo penal também fica suspenso, desde a posse do Presidente até o término do seu mandato (INQ 567-3/DF).

(e) Tal imunidade à persecução penal contra o Presidente da República não se comunica ao co-autor do fato (INQ 567-3/DF).

(f) Essa disciplina contida nos §§ 3º e 4º do art. 86 da Constituição Federal – que exclui, quanto ao Presidente da República, a possibilidade de prisão, nas infrações penais comuns, antes da sentença condenatória, e a de ser ele responsabilizado, na vigência do mandato, por ato estranho ao exercício de suas funções – aplica-se exclusivamente ao Presidente da República, **não servindo de modelo para os Estados-membros** (ADIn 978-PB).

Não pode, portanto, o legislador estadual estender as garantias dos §§ 3º e 4º da Constituição Federal ao Governador de Estado.

(2) **Art. 86, caput, da CF - Processo contra Presidente da República e Quorum** - O disposto no art. 86, caput, da CF (“Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da

Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.") não é prerrogativa exclusiva do Presidente da República, podendo os Estados-membros estender sua aplicação a seus governadores (ADIn 1.634-SC).

Atente-se para essa distinção no próximo concurso: a regra estabelecida nos §§ 3º e 4º do art. 86 da CF não pode ser reproduzida na Constituição Estadual, em favor do Governador de Estado; já a regra do art. 86, *caput*, da CF pode ser estabelecida, pelo legislador constituinte estadual, para o Governador do Estado.

(3) **Art. 55, § 2º, da CF - Prefeito e Condenação Criminal** – A regra prevista no art. 55, § 2º, da CF, que assegura aos Deputados e Senadores o direito de a perda do mandato ser decidida pela Mesa da Casa respectiva, é **inaplicável**, por analogia, aos prefeitos que sofreram condenação penal transitada em julgado (RE 225.019-GO).

(4) **Art. 57, § 4º, da CF: Reelection de Membros de Mesa da Assembléia Legislativa** – Segundo a jurisprudência do STF, a regra do § 4º do art. 57 da CF - que veda a recondução dos membros das respectivas Mesas do Congresso Nacional para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente - não configura um princípio de observância compulsória pelos Estados (ADIn 793-RO).

Portanto, os Estados-membros podem dispor de forma distinta a respeito, permitindo a recondução para o mesmo cargo, sem incorrerem em vício de inconstitucionalidade.

(5) **Art. 31, §§ 1º e 4º da CF - Criação de Tribunais de Contas Municipais** – Segundo a jurisprudência do STF, a interpretação sistemática dos §§ 1º e 4º do art. 31 da Constituição é conducente a concluir-se que os Estados-membros têm o poder de criar e extinguir Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios. Entende o tribunal que a expressão "onde houver" inserta no primeiro parágrafo alberga a existência presente e futura de tais órgãos, sendo que o óbice à criação ficou restrito à atividade municipal (ADIn 867-6/MA).

Cuidado: segundo essa orientação, nada impede, atualmente, venham os Estados-membros instituírem Tribunais de Contas Municipais; apenas os Municípios estão impedidos de fazê-lo (essa ressalva é relevante porque têm algumas apostilas afirmando ser absolutamente vedada a criação desses tribunais após a promulgação da CF/88).

(6) **Os tratados internacionais** – É sabido que no Brasil a competência para a celebração de tratados e convenções internacionais é privativa do Presidente da República (CF, arts. 21, I, e 84, VIII), ficando esses atos sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Após a celebração pelo Presidente da República, a competência para a aprovação de tais atos internacionais é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), que o fará por meio de decreto legislativo.

Para que o ato tenha eficácia no direito interno brasileiro é necessário, ainda, que lhe seja dado publicidade, o que é feito mediante decreto do Presidente da República. Somente após todo esse procedimento é que adquirem força obrigatória no ordenamento jurídico interno.

Segundo a jurisprudência do STF,

(a) os tratados e convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito brasileiro, adquirem *status* de lei federal ordinária no nosso ordenamento (EXT 662-2);

(b) os tratados e convenções internacionais, exatamente devido ao seu *status* ordinário, podem ser revogados, no âmbito interno, por posterior lei ordinária;

(b) os tratados e convenções internacionais, ainda que guardando relação de paridade normativa com o ordenamento infraconstitucional, não podem disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar (ADIn 1.480-UF).

(7) **Separação e Independência dos Poderes** – Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituem afronta ao princípio da separação e independência dos Poderes:

(a) a obrigatoriedade de submissão de convênios celebrados pelo Governador do Estado à aprovação prévia do Poder Legislativo;

(b) a fixação, pelo Poder Legislativo, de prazo para que seja exercida a competência privativa do Chefe do Executivo em matéria de iniciativa de lei (ADIn 165-MG);

(c) o condicionamento da nomeação ou da destituição de Secretários estaduais à aprovação da Assembléia Legislativa.

Àqueles que adquiriram a nossa apostila "O Controle de Constitucionalidade nos Concursos Públicos", recomendo a leitura da seleção de jurisprudência do Supremo Tribunal, referente ao período de 1995 – março/2000, nela apresentada.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AUDITOR/CE/98) A regra da Constituição Federal que veda a recondução dos membros da mesa das Casas Legislativas é de reprodução obrigatória por parte dos Estados-membros.
- 2) (ESAF/AFCE/TCU/99) É legítima previsão constitucional que condicione a nomeação ou a destituição de Secretários estaduais à aprovação da Assembléia Legislativa.
- 3) (ESAF/AUDITOR/CE/98) A imunidade a atos estranhos ao exercício das funções, prevista na Constituição Federal em relação ao Presidente da República, pode ser estendida aos Governadores de Estado.
- 4) (ESAF/AUDITOR/CE/98) A Constituição Estadual não pode condicionar a instauração de processo-crime contra o Governador do Estado à prévia aprovação da Assembléia Legislativa.
- 5) (ESAF/PFN/98) A Constituição do Estado-membro pode condicionar a eficácia de convênio celebrado pelo Poder Executivo à aprovação pelo Poder Legislativo local.
- 6) (ESAF/AGU/96) É ilegítima decisão do constituinte estadual que condiciona a instauração de processo-crime contra o Governador à outorga de licença pela Assembléia Legislativa.
- 7) O Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por crimes comuns.
- 8) O Presidente da República goza da chamada imunidade material, sendo imune por suas palavras e opiniões durante o exercício do mandato.
- 9) O Presidente da República tem plena capacidade penal, que o sujeita não apenas à imputação dos chamados crimes de responsabilidade – objeto do processo político do impeachment -, mas também à dos crimes comuns.
- 10) Segundo a jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito brasileiro, adquirem status de lei complementar.
- 11) Segundo a jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais, exatamente devido ao seu status ordinário, podem ser revogados, no âmbito interno, por posterior lei ordinária.
- 12) Segundo a jurisprudência do STF, os tratados e convenções internacionais não podem disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6E 7E 8E 9C 10E 11C 12C

AULA Nº 10: PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A aplicação do princípio implícito da razoabilidade (ou da proporcionalidade) pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal talvez represente, na atualidade, o tema mais relevante do Direito Constitucional no Brasil.

Evidentemente, não se pretende aqui desenvolver um completo estudo do tema, mas tão-só dar uma breve noção de sua importância no controle de constitucionalidade brasileiro, pois, a nosso ver, o seu desenvolvimento na jurisprudência pátria trouxe uma nova concepção de atuação do próprio Poder Judiciário na efetivação da fiscalização jurisdicional.

A tutela do princípio da razoabilidade consiste, em suma, na possibilidade do Poder Judiciário aferir a razoabilidade das leis, especialmente daquelas de caráter restritivo. Significa dizer que uma lei que tenha sido editada para implementar uma finalidade prevista na Constituição pode vir a ser declarada inconstitucional simplesmente pelo fato de tê-lo feito de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional, desarrazoado.

Em outras palavras: o legislador, especialmente na edição das leis de caráter restritivo, deve nortear sua conduta segundo critérios racionalmente aceitáveis, buscando não só os meios e fins legítimos, mas também a **adequação** desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a **necessidade** de sua utilização.

Assim, o requisito **adequação** obriga o legislador a perquirir se as medidas adotadas pela lei mostram-se efetivamente aptas a atingir os objetivos pretendidos (alcançarão elas os resultados almejados?).

Já o requisito **necessidade** preocupa-se com a exigibilidade ou não da adoção das medidas restritivas: será que não haveria um meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos visados (não está desmedida, excessiva, desnecessária, desproporcional, a medida adotada pela lei? Os mesmos fins não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda, menos restritiva?).

É, pois, diante de situações concretas, sempre no contexto de uma **relação meio-fim**, que deve ser aferido o critério da **razoabilidade**, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las constitucionais ou não: se a lei contiver limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis) deverá ser declarada inconstitucional.

Essa a aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, cumpre salientar, a aferição da razoabilidade das medidas adotadas pelo legislador buscam salvaguardar, em última análise, o próprio interesse público: é que a sociedade não deve ser bombardeada com medidas restritivas supérfluas, prescindíveis, inconvenientes etc., mas tão-somente com aquelas que sejam indispensáveis à satisfação do interesse público; o excesso, a lei desarrazoada, inadequada, não aproveita a ninguém, e, por sua inadequação e desnecessidade (não-razoabilidade), fere a Constituição, devendo ser tida por inconstitucional.

Perante o Supremo Tribunal Federal, o princípio da razoabilidade tem assumido cada vez maior relevância no controle de constitucionalidade das chamadas leis restritivas. Em diversos julgados o Tribunal tem deixado assente que, diante da imposição de uma restrição a um direito constitucional, não basta aferir se tal restrição é admitida pela Carta (reserva legal); faz-se mister, também, a indagação da compatibilidade da restrição estabelecida com o princípio da proporcionalidade, isto é, se aquela foi efetivada de forma adequada e razoável.

Essa orientação, segundo o Eminentíssimo constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, “permitiu converter o **princípio da reserva legal** (*Gesetzesvorbehalt*) no **princípio da reserva legal proporcional** (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)” (*in* Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor, 2ª Edição, pág. 72).

No julgamento da ADIn 958-3/RJ, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que o princípio da proporcionalidade/razoabilidade tem a sua sede material (*sedes materiae*) no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que disciplina o “devido processo legal”.

Segundo o STF, o princípio constitucional do devido processo legal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) não exige “apenas o processo previsto em lei, mas abarca também as hipóteses em que falta **razoabilidade** à lei”.

Numa linguagem simplória: quando o art. 5º, inciso LIV, da CF refere-se ao “devido processo legal”, traz ele implicitamente a necessidade de que este processo, previsto em lei, seja razoável, proporcional.

A partir dessa decisão, restou consolidado o princípio da razoabilidade como postulado constitucional autônomo, afirmando-se como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de leis tidas por desarrazoadas, em virtude de sua dispensabilidade, inadequação ou desproporcionalidade entre o fim almejado e as medidas impostas. E não tem sido poucas as decisões em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei com base, exclusivamente, na sua falta de razoabilidade, conforme se verá a seguir.

A questão de limite de idade em concursos públicos, que envolve restrições ao princípio da isonomia, é um exemplo típico de adoção do **princípio da razoabilidade**. Nesse caso, a orientação do Tribunal é no sentido de admitir-se aquelas discriminações **razoáveis**, isto é, quando o limite de idade possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Entretanto, na falta de justificação **razoável**, a lei, ou o edital, que adote esse critério para restringir o universo de concorrentes será inconstitucional.

Assim, p. ex., para o preenchimento do cargo de agente penitenciário o STF entendeu como **razoável** a estipulação de idade mínima de 21 e máxima de 35 anos, tendo em vista que o conjunto de atribuições desse cargo - cuidar da disciplina e segurança dos presos; fazer rondas periódicas; fiscalizar o trabalho e o comportamento da população carcerária; providenciar a assistência aos presos; conduzir viaturas de transporte de presos etc. - exige vigor físico dos seus titulares (RE 176.479-RS).

Por outro lado, considerou-se inconstitucional, por ausência de **razoabilidade**, a estipulação de idade máxima de 35 anos para o ingresso nos cargos de Auditor-Fiscal e de Professor Universitário, pois tais cargos reclamam mais atividade intelectual do que física.

Em outro julgado, apreciando a legitimidade de cláusula constante de contrato de consórcio que estabelecia a devolução das cotas pagas pelo consorciado pelo seu valor nominal no caso de desistência, firmou o STF que “mostra-se consentâneo com o arcabouço normativo constitucional, ante os princípios da **proporcionalidade e da razoabilidade**, decisão no sentido de, ao término do grupo, do fechamento respectivo, o consorciado desistente substituído vir a receber as cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe invocar cláusula do contrato de adesão firmado consoante a qual a devolução far-se-á pelo valor nominal” (RE 175161/SP). Como se vê, tal cláusula foi fulminada pelo Tribunal, por desarrazoada.

EXERCÍCIOS.

- 1) (MARE/GESTOR GOVERNAMENTAL/97) A entidade da Administração Pública que abrir um concurso para datilógrafos do sexo feminino, para preencher cargo vago em uma penitenciária de mulheres, pratica ato legal, uma vez que o princípio da razoabilidade admite certas restrições tendo em vista as atribuições e condições de exercício do cargo.
- 2) (ESAF/TTN/98) As leis de caráter restritivo devem observar o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal na aceção substantiva.
- 3) (ESAF/AFCE/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade tem aplicação no nosso sistema constitucional por força do princípio do devido processo legal.
- 4) (ESAF/AGU/98) Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade tem sua sede material na disposição constitucional que determina a observância do devido processo legal.
- 5) (ESAF/AGU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a limitação aos direitos fundamentais há de observar o princípio da proporcionalidade.
- 6) (ESAF/AFRF/2001) No exame da constitucionalidade de uma lei, não é dado ao Supremo Tribunal Federal formular juízo sobre a razoabilidade do diploma.

GABARITO:

1C 2C 3C 4C 5C 6E

AULA Nº 11: CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

O tema "Classificação das Constituições", de fácil assimilação, tem sido reiteradamente exigido em concursos públicos, especialmente no que concerne às concepções formal e material de Constituição. Embora pudéssemos passar algumas semanas tratando das distintas classificações – e tenho uma particular queda por esse assunto! –, tentarei ser o mais objetivo possível nos parágrafos seguintes, já que o objeto por aqui é concurso – e só.

Como regra, adotarei a classificação proposta pelo Professor José Afonso da Silva, amplamente reconhecida nos meios jurisprudencial e doutrinário.

1 - QUANTO À FORMA: CONSTITUIÇÕES ESCRITAS OU NÃO ESCRITAS.

A constituição escrita é aquela codificada e sistematizada num texto único, elaborado numa mesma época por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais à estrutura do Estado.

A constituição não escrita é aquela cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseiam principalmente nos costumes, convenções, jurisprudência e leis esparsas, como é o caso da Constituição Inglesa.

Dos conceitos acima expostos, verifica-se facilmente que enquanto a constituição escrita nasce **formalmente**, num dado momento, por meio da ação do órgão competente, as constituições não escritas nascem **informalmente**, sendo produzidas por toda a coletividade, por meio da evolução dos costumes, jurisprudência etc..

Aliás, exatamente devido a essa distinção na formação de tais constituições é que se pode afirmar, sem medo de errar: a **origem do direito** é que conta para a classificação como escrita ou não escrita. Caso as normas constitucionais tenham sido elaboradas solenemente por um órgão especialmente designado para tal, a constituição será do tipo escrita; caso tenham sido elaboradas de modo informal, no decorrer do tempo, será do tipo não escrita.

Uma quase brincadeira ajuda no entendimento. É sabido que a Constituição Inglesa é o exemplo típico de constituição não-escrita na atualidade, pois seus textos não estão codificados num documento único, solenemente elaborado pelo poder constituinte. Imaginemos, então, que, depois dessa aula, algum concursando resolva ir até a Inglaterra para "transformar" a Carta daquele país em "escrita", reduzindo suas normas originariamente costumeiras a um texto único, codificado. Lá chegando, reúne todas as leis esparsas, convenções etc. tidas como constitucionais em um único documento, ao qual dá o nome de "Constituição Escrita da Inglaterra". Será que o fato de se compilar todas as leis daquele país em um documento único efetivamente mudará a sua constituição de "não escrita" para "escrita"? É evidente que não, e a razão é uma só: a mera compilação não tem o condão de alterar a **origem** de tais normas!

Finalmente, cabe ressaltar que nas constituições não escritas não se pode falar em **rigidez constitucional** e **supremacia formal** da Carta em relação ao direito ordinário. Não sendo os textos esparsos elaborados segundo procedimento mais dificultoso que os da legislação ordinária, admite-se apenas sua superioridade material em face das demais normas do país.

2 - QUANTO AO MODO DE ELABORAÇÃO: CONSTITUIÇÕES DOGMÁTICAS OU CONSTITUIÇÕES HISTÓRICAS.

A constituição dogmática, sempre escrita, é aquela que, elaborada por um órgão constituinte, sistematiza os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento de sua elaboração.

A constituição histórica (ou costumeira), não escrita, é resultante de lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos socio-políticos, que se cristalizam como normas fundamentais da organização de determinado Estado, como é exemplo a Constituição Inglesa.

Como se vê, o conceito de constituição dogmática é conexo com o de constituição escrita, assim como o de constituição histórica o é com o de constituição não escrita.

3 - QUANTO À ORIGEM: CONSTITUIÇÕES POPULARES OU CONSTITUIÇÕES OUTORGADAS

A constituição popular (ou democrática) é aquela que se origina de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de elaborar e estabelecer, como são exemplos as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988.

A constituição outorgada é aquela elaborada e estabelecida sem a participação do povo, quando o governante – Presidente, Rei, Ditador, Imperador – por si ou por interposta pessoa ou instituição, outorga-a, impõe-na ao povo, como são exemplos as Constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e 1969.

4 - QUANTO À ESTABILIDADE: CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS, FLEXÍVEIS OU SEMI-RÍGIDAS.

A constituição rígida é aquela somente modificável mediante procedimentos específicos, segundo exigências formais especiais, diferentes, mais solenes e difíceis que os de elaboração das leis ordinárias ou complementares. O conceito de constituição rígida pressupõe a existência de constituição escrita, uma vez que se trata de análise cuja natureza é puramente formal. Atualmente é do tipo rígida a maioria das constituições, inclusive a brasileira, que só pode ser alterada por meio do rito especial por ela prescrito em seu art. 60.

A constituição flexível é aquela que pode ser livremente modificada pelo legislador, segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Em regra, são flexíveis as constituições não escritas, mas também há exemplos de constituições escritas flexíveis, como foram as Constituições francesas de 1814 e 1830 e a Imperial italiana de 1848 (Estatuto Albertino).

A constituição semi-rígida é aquela que contém uma parte rígida e outra flexível, isto é, uma parte que somente pode ser modificada mediante processo especial e mais solene que o ordinário, e outra alterável pelo mesmo processo legislativo ordinário.

A respeito dessa classificação, faz-se mister analisarmos alguns aspectos:

(a) A distinção entre constituições rígidas e flexíveis não pretende afirmar que existam, de um lado, constituições imutáveis e, de outro, constituições mutáveis, uma vez que podemos considerar absurda a idéia de se admitir que o texto constitucional de um Estado, destinado a regular a vida de uma sociedade em constante progresso, seja imutável ou perpétuo. O que se faz é distinguir aquelas constituições escritas, cujo conteúdo pode modificar-se só mediante processos mais complexos e solenes do que aqueles previstos para as leis ordinárias, de outras, nas quais o mesmo resultado se pode conseguir com os procedimentos legislativos normais. Em suma, a rigidez constitucional garante, tão-somente, a imutabilidade relativa das normas constitucionais;

(b) A denominação flexível parece indicar instabilidade, sugerindo que as constituições flexíveis seriam instáveis, objeto de modificações freqüentes, já que passíveis de serem alteradas pelo legislador ordinário. Por outro lado, as rígidas, por exigirem procedimento especial para sua modificação, seriam estáveis. No entanto, se feito um breve retrospecto, ver-se-á que a prática tem refutado essa idéia, como exemplificam, de um lado, a Constituição inglesa, típica não-escrita e flexível, que pouco muda (as principais características do governo inglês continuam sendo as mesmas desde 1689 e 1701) e, de outro, a atual Constituição brasileira, escrita e rígida, que é reformada constantemente (em 11 anos, temos mais de 20 emendas);

(c) O conceito de rigidez constitucional não tem qualquer relação com a existência de um núcleo imodificável na Constituição, isto é, com as chamadas **cláusulas pétreas**. Nada impede, p. ex., venha uma Constituição flexível estabelecer um núcleo imodificável em seu texto: este seria inalterável, permanecendo os demais dispositivos modificáveis por meio de procedimento ordinário;

(d) O conceito de rigidez é de fundamental importância para o estudo do Direito Constitucional contemporâneo, pois funciona como pressuposto: (1) do próprio conceito de constituição em sentido formal; (2) da hierarquia das leis, possibilitando a distinção entre normas constitucionais e ordinárias; (3) da supremacia formal da constituição; e (4) do controle de constitucionalidade das leis.

5 - QUANTO AO CONTEÚDO: CONSTITUIÇÕES MATERIAIS E CONSTITUIÇÕES FORMAIS.

A constituição em sentido material designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. A constituição material só se refere àquelas matérias “essencialmente constitucionais”, fundamentais do Estado; as demais matérias, mesmo integrando o texto de uma constituição escrita, não seriam constitucionais.

A constituição em sentido formal representa um conjunto de normas e princípios do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais previstos no seu próprio texto. Nessa concepção, são constitucionais todas as normas produzidas por um processo especial, mais solene do que o exigido para a elaboração das normas ordinárias.

As normas constitucionais apenas sob o aspecto formal surgem, portanto, naqueles casos em que determinadas regras jurídicas, de natureza não substancialmente constitucional, são inseridas no texto constitucional no intuito de se obter aquela tutela especial e típica da Constituição.

Note-se, assim, que a concepção de constituição material leva em conta o **conteúdo** da norma jurídica, esteja esta ou não codificada numa Constituição. Na verdade, nessa teoria, é irrelevante a norma estar ou não codificada em um texto constitucional único: desde que o conteúdo da norma seja um dos elementos essenciais da organização do Estado, estaremos diante de uma norma materialmente constitucional. Portanto, se a norma cuida da organização do Estado, de seus órgãos, de suas competências, dos direitos individuais, será ela materialmente constitucional, esteja ou não inserta numa Constituição.

Por outro lado, o conceito de constituição formal leva em conta o **processo de elaboração** das normas, considerando constitucionais todas as normas integrantes de uma constituição escrita, sem distinção quanto ao seu conteúdo. Nessa concepção, todas as normas insertas na Constituição, desde que produzidas por um processo especial, mais solene que o de elaboração das normas ordinárias, são tidas por constitucionais. Vale dizer: as normas são constitucionais pelo só fato de constarem do texto da Constituição, pouco importando o seu conteúdo.

A partir dessas considerações, chega-se à distinção entre normas **materialmente constitucionais** e **normas formalmente constitucionais**. Aquelas seriam exclusivamente as que versam sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes, seu exercício, e sobre os direitos e garantias dos cidadãos; estas seriam todas as demais normas de conteúdo não substancialmente constitucional insertas no texto de uma Constituição.

Outro aspecto importante a ser destacado: o conceito de constituição formal pressupõe a existência de uma constituição escrita. Não se compreende a existência de normas formalmente constitucionais se não estiverem expressas em um texto escrito. Isso porque nos países que adotam constituição não escrita, como a Inglaterra, não podemos encontrar diferença entre os processos de elaboração da constituição e das demais normas legislativas, não existindo, portanto, um processo especial, mais dificultoso, para a elaboração da lei constitucional. No caso de constituição não escrita, admite-se, tão somente, a diferenciação entre lei materialmente constitucional e materialmente ordinária (supremacia material da constituição).

Por último, cabe ressaltar que, em virtude da ampliação do conteúdo das constituições (e, por via de consequência, do objeto do direito constitucional), bem como do fato de atualmente a quase totalidade das constituições das nações serem do tipo escritas e rígidas (portanto, formais), a tendência é reduzir-se a importância dessa distinção entre constituição material e constituição formal.

Além dessa tradicional classificação, a doutrina faz referência a outras classificações, a seguir brevemente apresentadas.

CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE (OU PROGRAMÁTICA) – É aquela que define fins e programas de ação futura, manifestando preocupação com a evolução política do Estado; preocupa-se não só com o presente, mas também com um ideal futuro, buscando condicionar os órgãos estatais à satisfação de tais objetivos; numa constituição dirigente temos, em grande número, normas do tipo programáticas, que são comandos destinados aos órgãos estatais, estabelecendo um plano de ação para estes, na condução dos rumos do Estado.

CONSTITUIÇÃO BALANÇO – É aquela preocupada com a situação presente, manifestando os dogmas de uma determinada organização política que esteja no Poder; sua visão limita-se à situação atual, quando muito até uma eventual transição para uma nova etapa política do Estado.

CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA – É aquela abrangente, que não se limita a estabelecer princípios, preferindo ela mesma regulamentar incontáveis assuntos que entenda relevantes, em face da conjuntura de sua época.

CONSTITUIÇÃO SINTÉTICA – É aquela de texto resumido, que se limita a estabelecer os princípios e as normas gerais de regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, cujo exemplo é a Constituição Americana, que contém poucas dezenas de artigos.

CONSTITUIÇÃO NORMATIVA – É aquela que efetivamente cumpre o seu papel, vinculando todo o processo político do Estado – é a constituição respeitada, efetivamente, por todos os Poderes do Estado.

CONSTITUIÇÃO NOMINAL – É aquela que, apesar de jurídica e formalmente existente, não é respeitada, não é efetiva – ocorre quando os poderes constituídos ignoram sua supremacia, não cumprindo seus preceitos.

CONSTITUIÇÃO SEMÂNTICA – Essa concepção de constituição tem sido tratada pela doutrina sob dois enfoques distintos.

Numa visão antológica, constituição semântica seria aquela utilizada pelos dirigentes do Estado para sua permanência no poder, havendo um desvirtuamento da finalidade constitucional: em vez de a Constituição limitar a ação dos Governantes em benefício dos indivíduos, seu verdadeiro fim, seria utilizada por estes para a manutenção do próprio poder.

Em outra frente, considera-se **constituição semântica** aquela em que sua interpretação depende da valoração de seu conteúdo significativo, sociológico, visando uma maior aplicabilidade político-normativa-social do seu texto. Esse conceito contrapõe-se àquele de **constituição nominalista**, que é aquela cujo texto contém direcionamentos para situações concretas, a serem resolvidas mediante aplicação pura e simples das normas constitucionais, com o uso tão-só da interpretação gramatical-literal.

CONSTITUIÇÃO GARANTIA – É aquela preocupada com a preservação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do indivíduo em seu texto, por meio da imposição de limitações à ação do Estado.

EXERCÍCIOS.

1) (INSPETOR FISCAL/SP/97) É critério para a definição de uma norma como formalmente constitucional o fato de que ela esteja inserida no texto da Constituição, independentemente da matéria que trate.

2) (CESPE/DELEGADO POLÍCIA FEDERAL/97) A doutrina constitucionalista aponta o fenômeno da expansão do objeto das constituições, que têm passado a tratar de temas cada vez mais amplos, estabelecendo, por exemplo, finalidades para a ação estatal. Considerando a classificação das normas constitucionais em formais e materiais, é correto afirmar que as normas concernentes às finalidades do Estado são apenas formalmente constitucionais.

- 3) (CESPE/DELEGADO POLÍCIA FEDERAL/97) As normas constitucionais, do ponto de vista formal, caracterizam-se por cuidar de temas como a organização do Estado e os direitos fundamentais.
- 4) (CESPE/AGENTE POLÍCIA FEDERAL/97) Considerando a classificação das normas constitucionais em formais e materiais, seriam dessa última categoria, sobretudo, as normas concernentes à estrutura e à organização do Estado, à regulação do exercício do poder e aos direitos fundamentais. Desse ângulo, outras normas, ainda que inseridas no corpo da Constituição escrita, seriam constitucionais tão-somente do ponto de vista formal.
- 5) (CESPE/AGENTE POLÍCIA FEDERAL/97) Diz-se outorgada a constituição que surge sem a participação popular.
- 6) (CESPE/AGENTE POLÍCIA FEDERAL/97) A vigente Constituição da República, promulgada em 1988, prevê os respectivos mecanismos de modificação por meio de emendas, podendo ser classificada, por esse motivo, como uma constituição flexível.
- 7) (CESPE/AGENTE POLÍCIA FEDERAL/97) A Supremacia material e formal das normas constitucionais é atributo presente tanto nas constituições rígidas quanto nas flexíveis.
- 8) (CESPE/AUDITOR TCU/96) Não há supremacia formal da Constituição costumeira em relação às demais leis do mesmo ordenamento jurídico.
- 9) (CESPE/AUDITOR TCU/96) A Constituição Brasileira vigente não é revestida de supremacia, haja vista proclamar que todo o poder emana do povo, sendo este, então, supremo perante o ordenamento jurídico do Brasil.
- 10) (CESPE/AUDITOR TCU/96) O princípio da supremacia da Constituição é a primordial consequência da rigidez constitucional.
- 11) (CESPE/PAPILOSCOPISTA POLÍCIA FEDERAL/97) A rigidez das normas constitucionais decorre dos mecanismos diferenciados, previstos para sua modificação, em relação aos das demais normas jurídicas.
- 12) (CESPE/PAPILOSCOPISTA POLÍCIA FEDERAL/97) Apenas as normas das constituições escritas possuem supremacia.
- 13) (CESPE/PAPILOSCOPISTA POLÍCIA FEDERAL/97) A Constituição brasileira em vigor é flexível, em razão da grande quantidade de temas que disciplina.
- 14) (CESPE/FISCAL INSS/98) Uma constituição que se origina de órgão constituinte composto de representantes do povo denomina-se constituição outorgada.
- 15) (CESPE/FISCAL INSS/98) Constituições, como a brasileira de 1988, que prevêem a possibilidade de alteração do seu próprio texto, embora por um procedimento mais difícil e com maiores exigências formais do que o empregado para a elaboração de leis ordinárias, classificam-se como constituições semi-rígidas.
- 16) (CESPE/CONSULTOR SENADO/96) São normas formalmente constitucionais as concernentes à forma do Estado, à forma do Governo e ao modo de aquisição e exercício do poder.
- 17) (CESPE/AUDITOR TCU/96) A classificação de uma Constituição como semi-rígida indica que o seu conteúdo é apenas de normas materialmente constitucionais.
- 18) (CESPE/ESCRIVÃO POLÍCIA FEDERAL/98) Considerando a noção de constituição material, o ato de um agente público pode ser considerado inconstitucional, mesmo que afete norma não-constante do texto da Constituição escrita.
- 19) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar que a formal é reconhecida nas constituições flexíveis.

20) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar que a material está relacionada à produção de um documento escrito.

21) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar que a material tem a ver com o modo como as normas constitucionais são elaboradas.

22) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar que a formal resulta da situação da Constituição no topo da hierarquia das normas, independentemente da matéria tratada.

23) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar que a jurisdição constitucional está concebida para proteger a supremacia material, mas não a supremacia formal da Constituição.

24) (ESAF/AFRF/2001) Todas as normas estabelecidas pelo poder constituinte originário no texto constitucional são formalmente constitucionais e se equivalem em nível hierárquico.

25) Numa Constituição classificada como dirigente, não se encontram normas programáticas.

26) Numa Constituição classificada como dirigente, não se encontram normas programáticas.

27) É típico de uma Constituição dirigente apresentar em seu corpo normas programáticas.

28) Uma Constituição rígida não pode abrigar normas programáticas em seu texto.

GABARITO:

1C 2E 3E 4C 5C 6E 7E 8C 9E 10C 11C 12E 13E 14E 15E 16E 17E 18C 19E 20E 21E 22C 23E 24C 25E
26E 27C 28E

AULA 12: MANDADO DE INJUNÇÃO

A vigente Constituição, preocupada em assegurar a plena eficácia e aplicabilidade de seus dispositivos, instituiu um novo remédio constitucional, a ação denominada mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, nos seguintes termos:

“LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Como se vê, trata-se de um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sentir prejudicada pela falta de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais prescritas no transcrito inciso. A preocupação, portanto, é conferir efetiva aplicabilidade e eficácia ao texto constitucional, para que este não se torne “letra morta”, por omissão do legislador ordinário na sua regulamentação.

Questão curiosa é que o mandado de injunção, instituído exatamente com a preocupação de tornar efetivas normas constitucionais de eficácia limitada, foi objeto de grande discussão em torno de sua auto-aplicabilidade. Isso mesmo, acreditem: formou-se calorosa discussão doutrinária sobre possuir o art. 5º, inciso LXXI, da CF, que criou o mandado de injunção, **eficácia plena**, sendo a ação imediatamente exercitável, ou se seria de **eficácia limitada**, dependendo a sua incidência de regulamentação ordinária.

Felizmente prevaleceu a tese de que tal dispositivo é auto-aplicável, podendo incidir de imediato, sem necessidade de quaisquer regulamentações. Aliás, com a devida vênia, seria uma incongruência – para dizer o mínimo! – caso prevalecesse a tese contrária, no sentido de tal dispositivo ser de eficácia limitada, dependente de regulamentação para o seu exercício. Ora, convenhamos, isso seria um contra-senso: o legislador constituinte teria criado um remédio para garantir a aplicabilidade daquelas normas de eficácia limitada do texto da Constituição; no entanto, tal remédio não seria auto-aplicável, por também ser norma de eficácia limitada!

Essa discussão hoje está superada, tendo o STF firmado orientação de que o mandado de injunção, para ser utilizado, não depende de regulamentação, “inclusive quanto ao procedimento aplicável, que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber” (RTJ 133/11).

Embora auto-aplicável, entendemos que seria recomendável a elaboração de legislação específica sobre o mandado de injunção, com o fim de dirimir dúvidas e polêmicas acerca de seu procedimento, da competência para a sua apreciação e, especialmente, da eficácia da decisão, tema de infundável controvérsia.

Feitas essas breves considerações, passaremos a analisar as principais questões que envolvem o mandado de injunção, com especial ênfase na jurisprudência do STF, a qual, na ausência de legislação específica, tem dado norte a esse instituto.

AFINIDADE ENTRE MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É visível o paralelismo existente entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Adin) por omissão, esta prescrita no art. 103, § 2º, da CF. Ambas as ações visam a suprir uma omissão do legislador, diante da necessidade de regulamentação do texto constitucional, mas possuem aspectos distintos, especialmente os seguintes:

(1) **LEGITIMAÇÃO** – O mandado de injunção pode ser intentado por qualquer pessoa, física ou jurídica, que se veja impossibilitada de exercer um dado direito constitucional por falta de norma regulamentadora, possuindo legitimidade ativa no processo, portanto, o próprio titular do direito constitucional obstado por inércia do legislador; na ADIn por omissão, a legitimação é restrita aos entes enumerados no art. 103, incisos I a IX, da CF;

(2) **OBJETO** – No mandado de injunção, busca-se solução para um caso concreto, individualmente considerado, diante de um direito subjetivo obstado pela inércia do legislador, pressupondo a existência de um direito efetivamente impedido pela falta da norma regulamentadora; na ADIn por omissão, o controle da omissão é efetivado em tese, sem a necessidade de configuração de violação a um direito individual. Assim, sua propositura não está adstrita a um caso concreto, podendo ser

intentada abstrata e genericamente, como meio de se obter a declaração de inconstitucionalidade da omissão do órgão;

(3) JULGAMENTO – Na ADIn por omissão, a competência para o julgamento, no âmbito federal, é exclusiva do Supremo Tribunal Federal; no mandado de injunção, a competência não é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, havendo previsão de julgamento por outros órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 105, I, h).

DIREITO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO

Nos termos do texto constitucional, o mandado de injunção é remédio constitucional para tornar efetivo direito previsto na Constituição. Não é ele instrumento a ser utilizado para os casos de falta de norma regulamentadora que esteja obstando o exercício de direito previsto em lei, seja ordinária, seja complementar (STF, MI 296-7).

EXISTÊNCIA DE PROCESSO LEGISLATIVO INSTAURADO

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez verificada a competente instauração do processo legislativo, não há mais como atribuir ao Estado a inércia inconstitucional (MI 215-1). Em outras palavras, se há processo legislativo em pleno andamento, não será conhecido mandado de injunção a respeito da matéria seu objeto. Se no curso da ação de injunção for editada a norma regulamentadora que faltava, a ação perde o objeto.

MERA EXISTÊNCIA DE PROJETO DE LEI

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “a simples tramitação de projeto de lei não é capaz de elidir a mora legislativa” (MI 323/DF). Em outra ação (MI 124/SP), na qual se discutia a ausência de norma regulamentadora do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, deixou assente o Ministro Marco Aurélio que o fato de existirem vários projetos de lei em tramitação, para a regulamentação de tal direito, não o sensibilizava, lembrando que a participação nos lucros da empresa, que foi inserida no texto da Constituição de 1946, ainda não havia sido regulamentada.

CARACTERIZAÇÃO DA MORA LEGISLATIVA

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a caracterização da mora legislativa, quando não há prazo limite fixado na Constituição, há que ser aferida em consonância com o princípio da razoabilidade. Este o entendimento manifestado no MI 361/RJ: “A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa –, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar”.

NÃO-CABIMENTO DE MANDADO DE INJUNÇÃO SE JÁ EXISTE A NORMA REGULAMENTADORA

A posição do Supremo Tribunal Federal é firme nesse sentido, isto é, se já existe norma regulamentadora, ainda que supostamente incompleta ou eivada de vícios, não é caso para impetração de mandado de injunção. Se a norma apresenta vícios, se está ferindo direito líquido e certo do indivíduo, poderá ser atacada por outros meios (mandado de segurança, p. ex.), mas não mais por mandado de injunção, que é ação para a hipótese de **ausência** de norma regulamentadora, não estando entre suas finalidades corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal já em vigor.

MERA FACULDADE AO LEGISLADOR

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não é cabível mandado de injunção se a Constituição simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo (MI 107-3). Nesse caso, entende o Tribunal que compete ao legislador, por se tratar de mera faculdade, decidir se e quando estabelecerá a regulamentação facultada. Com esse entendimento, não se conheceu de mandado de injunção, p. ex., em face do art. 40, § 1º, da CF ("Lei federal **poderá** estabelecer exceções...").

REGULAMENTAÇÃO DOS EFEITOS DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA

O parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal estabelece que no caso de medida provisória adotada pelo Presidente da República não ser convertida em lei pelo Congresso Nacional, deverá este órgão legislativo disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes. Não agindo o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal não admite mandado de injunção para a obtenção da regulamentação desses efeitos (MI 415-4).

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Já é mansa a jurisprudência no sentido do cabimento do mandado de injunção coletivo, podendo as entidades sindicais ou de classe impetrá-lo, para que seus filiados possam exercer direitos assegurados na Constituição e que estejam inviabilizados pela ausência de regulamentação. São, pois, legitimadas para a impetração do mandado de injunção coletivo as mesmas entidades às quais a Constituição deu a possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX).

LEGITIMAÇÕES ATIVA E PASSIVA

A legitimação processual ativa para a impetração do mandado de injunção é de qualquer pessoa, física ou jurídica, que esteja impedida de exercer um direito constitucional, por falta de norma regulamentadora. Na legitimação passiva só podem figurar órgãos ou autoridades públicas que têm a obrigação de legislar mas estejam omissos quanto à elaboração da norma regulamentadora (atos normativos, leis, regulamentos administrativos etc.). Portanto, só podem ser sujeitos passivos no mandado de injunção entes públicos, não admitindo o Supremo Tribunal Federal a formação de litisconsórcio passivo entre autoridades públicas e privadas (MI 323-8).

COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A competência para o julgamento do mandado de injunção é determinada em razão da pessoa (*rationae personae*) obrigada a elaborar a norma regulamentadora, e que permanece inerte.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, originariamente, o julgamento do mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, q). Ademais, julga o Supremo Tribunal Federal, via recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (CF, art. 102, II, a).

Ao Superior Tribunal de Justiça compete, originariamente, o julgamento do mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão ou entidade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (CF, art. 105, I, h).

Em relação aos demais órgãos judiciais de primeiro grau e aos demais tribunais da Justiça Federal, a Constituição não estabeleceu a competência, tampouco foi editada norma ordinária nesse sentido.

Em face da inexistência dessa legislação complementar, o Supremo Tribunal Federal tem firmado algumas orientações a respeito da competência para julgamento de mandado de injunção, merecendo

destaque as seguintes: (1) Se o mandado de injunção é impetrado contra a União ou contra Ministro de Estado, o julgamento caberá ao STJ e não ao STF;

(2) O STF e o STJ não são competentes para julgar mandado de injunção contra autoridades estaduais, tais como Governador de Estado, Presidente de Tribunal de Justiça do Estado ou Mesa de Assembléia Legislativa.

EFICÁCIA DA DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Um dos temas mais polêmicos do Direito Constitucional Brasileiro atualmente diz respeito à eficácia da decisão proferida em mandado de injunção. Para o fim de facilitar o entendimento, dividiremos os comentários em três grupos:

(1) **POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS** – Na doutrina, a questão não é pacífica, mas a orientação dominante é no sentido de que o Poder Judiciário, reconhecendo a existência da omissão inconstitucional, deverá supri-la, criando a norma regulamentar faltante, para que seja aplicada provisoriamente ao caso concreto, até a edição da norma regulamentadora pelo órgão competente. Em outras palavras: deverá o juiz, na apreciação do mandado de injunção, conferir-lhe efetividade, integrando o direito à ordem jurídica, para conferir eficácia aos direitos previstos na Constituição e satisfazer desde logo o direito do impetrante;

(2) **POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** – O Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete a última palavra sobre a interpretação do texto constitucional, não aderiu a essa posição da doutrina. Em verdade, o Tribunal trilhou um caminho tímido, conferindo pouca efetividade e objetividade ao mandado de injunção, praticamente igualando a sua eficácia àquela prevista para a ADIn por omissão: o STF apenas reconhecerá a existência da omissão inconstitucional e dela dará ciência ao órgão competente, requerendo a edição da norma (MI 107/DF).

Portanto, frise-se, a orientação dominante no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a decisão em mandado de injunção possui **eficácia declaratória** (reconhecendo a inconstitucionalidade da omissão) e **eficácia mandamental** (comunicando ao órgão competente omissão, para a adoção das providências cabíveis), não cabendo ao Poder Judiciário elaborar a regra faltante e aplicá-la ao caso concreto.

Vejamos duas manifestações daquela Alta Corte, nas quais ficou assente essa posição majoritária:

“O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita à competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder” (MI 107, Ministro Celso de Mello);

“O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado. O que pode o tribunal é declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (MI 168-5, Ministro Sepúlveda Pertence).

(3) **EVOLUÇÃO NA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, talvez em face da constatação de que a mera comunicação ao Poder Legislativo de nada tem adiantado, tem evoluído, na tentativa de conferir maior efetividade ao mandado de injunção. Continua o Tribunal a não admitir a edição da norma pelo Poder Judiciário, como a doutrina reclama, mas deu importantes passos, especialmente no quesito “fixação de prazo”.

Assim, no MI 283-5, ajuizado em face do art. 8º, § 3º, do ADCT, o Tribunal reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em editar a norma faltante, comunicou tal decisão àquele órgão legislativo, e fixou-lhe o prazo de 60 dias para a edição da norma requerida, determinando-se que, caso subsistisse a omissão, o titular do direito obstado poderia obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. Vencido o prazo, não foi editada a norma pelo Congresso Nacional, tendo sido ajuizado novo mandado de injunção (MI 284-3/DF), com a mesma finalidade. O STF, nessa nova ação, entendeu ser dispensável nova comunicação ao Congresso Nacional, e assegurou aos impetrantes a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do

direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em favor dos requerentes pelo preceito do art. 8º, § 3º, do ADCT.

Em outro mandado de injunção, intentado em face do art. 195, § 7º, da CF ("São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei"), o STF reconheceu a omissão do Poder Legislativo e fixou o prazo de seis meses para que fosse providenciada a legislação pertinente, "sob pena de, vencido esse prazo, sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida" (MI 232-1).

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AFRF/2001) Se, num mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entende que há demora injustificada para a regulação legislativa, pelo Congresso Nacional, de um direito previsto na Constituição Federal, a sua decisão deverá declarar a mora do legislador e editar a norma abstrata faltante, que valerá para o impetrante e para todas as demais pessoas, qualquer que seja a matéria envolvida, havendo, ou não, aumento de despesas públicas.
- 2) (ESAF/AFRF/2001) Se, num mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entende que há demora injustificada para a regulação legislativa, pelo Congresso Nacional, de um direito previsto na Constituição Federal, a sua decisão deverá declarar a mora do legislador e editar a norma abstrata faltante, que deverá valer apenas para o impetrante do mandado de injunção.
- 3) (ESAF/AFRF/2001) Se, num mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entende que há demora injustificada para a regulação legislativa, pelo Congresso Nacional, de um direito previsto na Constituição Federal, a sua decisão deverá declarar a mora do legislador e editar a norma abstrata faltante, que valerá para o impetrante e para todas as demais pessoas, desde que não implique aumento dos gastos públicos.
- 4) (ESAF/AFRF/2001) Se, num mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entende que há demora injustificada para a regulação legislativa, pelo Congresso Nacional, de um direito previsto na Constituição Federal, a sua decisão deverá declarar a mora do legislador, compelindo-o a editar a norma necessária.
- 5) (ESAF/AFRF/2001) Se, num mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entende que há demora injustificada para a regulação legislativa, pelo Congresso Nacional, de um direito previsto na Constituição Federal, a sua decisão deverá julgar, de qualquer modo, improcedente a ação, pois o próprio processo do mandado de injunção ainda não foi regulado por lei.
- 6) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/98) A decisão proferida em mandado de injunção supre plenamente a omissão legislativa.
- 7) (ESAF/TTN/97) Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida em mandado de injunção pode suprir a eventual omissão legislativa.
- 8) (ESAF/TTN/98) Mandado de injunção permite que o juiz assuma a função de legislador.
- 9) (ESAF/TTN/98) O mandado de injunção coletivo é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.
- 10) (ESAF/AFCE/TCU/98) Qualquer direito previsto no ordenamento jurídico e não-regulamentado pode ser satisfeito por meio de mandado de injunção.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5E 6E 7E 8E 9C 10E

AULA Nº 13: CONFLITO DE NORMAS NO TEMPO

A questão da sucessão de normas no tempo recebe da doutrina a denominação de conflito de normas. Em verdade, trata-se do estudo da contraposição entre lei nova e lei velha, na esfera do Direito Intertemporal, com o objeto de determinar os limites de atuação de cada uma das normas consecutivas que tratam do mesmo assunto.

A matéria requer estudo acurado, razão pela qual deixamos expresso que não pretendemos, por ora, dar por encerrado o estudo. Analisaremos apenas alguns aspectos concernentes à entrada em vigor de uma nova Constituição, deixando para outra oportunidade outras questões não menos relevantes.

1 - Vigência da Nova Constituição

As constituições normalmente contêm cláusula especial que determina o momento em que seu texto começará a vigorar. Não havendo tal previsão expressa, entende-se que a vigência é imediata, a partir da sua promulgação.

É possível também que a constituição contenha cláusula especial que difira a entrada em vigor de todo o seu texto, criando a chamada *vacatio constitutionis*, que corresponde ao período que vai da publicação do ato de sua promulgação até a efetiva entrada em vigor de seus dispositivos. Nesse período, embora já promulgada, a nova constituição não regula nada, continuando a reger a ordem jurídica a Carta que já existia.

Durante a *vacatio constitutionis* toda lei ordinária que tenha sido criada e que contrarie as normas constitucionais já existentes será inválida, ainda que esteja de acordo com a constituição promulgada, mas não em vigor. De outra banda, as leis que tenham sido promulgadas nesse período em conformidade com as regras constitucionais vigentes valem enquanto durar a *vacatio*, mas ficam revogadas com a entrada em vigor do novo texto constitucional, caso não se conformem com os ditames deste.

A nossa atual Constituição não adotou a *vacatio constitutionis*, tampouco trouxe cláusula específica de vigência de seu texto. No entanto, considerando que vários de seus dispositivos, especialmente das Disposições Transitórias, estabelecem prazos a serem contados a partir de sua promulgação, podemos concluir que com esta é que ela entrou em vigor, salvo nos casos expressamente ressalvados em seu texto, quando é estipulado uma outra data, como ocorreu com o novo sistema tributário nacional que, por força do art. 34 do ADCT, somente entrou em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição.

2 – Eficácia do Novo Texto Constitucional

A Constituição, conforme já estudamos, é obra do poder constituinte originário, que tem como características principais o fato de ser inicial, ilimitado e incondicionado. Significa dizer, em poucas palavras, que não está sujeito à obediência de nenhuma regra jurídica anterior, tampouco a respeitar o chamado direito adquirido. Nada impede, pois, que haja retroação do texto constitucional, regulando situações pretéritas, ainda que atingindo direito adquirido.

Mas, sendo omissa o texto constitucional, qual será a sua eficácia?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é mansa a respeito. Segundo o Tribunal, a Constituição se aplica de imediato, alcançando, sem limitações, os efeitos futuros de fatos passados (RE 117.870/RS). Essa eficácia recebe a denominação de “retroatividade mínima” (RE 168.618/PR).

Nada impede, porém, haja retroação do texto constitucional, mas nesse caso deverá haver previsão expressa. Portanto, frise-se: o texto constitucional poderá retroagir, mas para isso é necessário que o legislador constituinte o determine expressamente; não havendo previsão expressa nesse sentido, o

texto constitucional alcançará apenas os efeitos futuros de fatos passados (regulando, de imediato, as prestações futuras de um contrato celebrado no passado, p. ex.) – a chamada **retroatividade mínima**.

3 - Constituição Nova e o Direito Infraconstitucional Anterior: Recepção, Revogação e Repristinação

3.1 – Direito Anterior Compatível com a Nova Constituição

Com a entrada em vigor da nova constituição, esta adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade. O direito infraconstitucional compatível é recepcionado pela nova ordem constitucional, e assim evita-se o trabalho quase impossível de elaborar toda uma nova legislação de um dia para outro. A nova constituição atribui validade (dá vigor) a tais normas, que passam a ter seu fundamento no novo texto constitucional. É o fenómeno conhecido como **recepção da lei anterior**, fundado no princípio da continuidade da ordem jurídica precedente.

Importante ressaltar que para a aferição da compatibilidade do direito ordinário anterior com o novo texto constitucional importa tão-somente o aspecto material (conteúdo) da norma, sendo irrelevantes os pressupostos de índole formal (regras processuais ou formais do tempo da sua elaboração).

Sendo o conteúdo da norma anterior compatível com os princípios materiais da nova Constituição, será ela recepcionada, nada importando os aspectos formais (espécie legislativa, rito de elaboração etc.). Tanto é assim que entre nós ainda permanecem vigentes diversos decretos-leis editados sob o regime anterior (embora a atual Constituição não admita tal espécie legislativa), bem assim o Código Comercial de 1850 (incólume à queda do Império, a cuja Constituição se submetera a sua elaboração legislativa).

Nesse ponto, peço licença para tentar ser o mais prático possível, analisando as principais questões que me são formuladas em sala de aula...

Publicada uma nova Constituição, as questões a serem resolvidas em relação ao direito ordinário anterior (o chamado direito pré-constitucional) são as seguintes:

(a) A principal questão: O conteúdo (matéria tratada) da norma "Y" é compatível com os preceitos e princípios da nova Constituição? Sendo compatível, tal norma será automaticamente (não há necessidade de disposição expressa a respeito) recepcionada pela nova ordem constitucional. É irrelevante se tal norma é uma lei, uma lei complementar, um decreto-lei, um decreto do Executivo etc.

(b) A denominação, numeração etc. de tal norma mudarão com a nova Constituição? A resposta é negativa, tal norma permanecerá como originalmente editada, se "lei tal", permanecerá "lei tal", se "Decreto-lei nº X", permanecerá "Decreto-lei nº X" etc.

(c) Qual será o novo *status*, a nova força de tal norma sob a égide da nova Constituição? Bem, essa pergunta será respondida, implicitamente, pelo novo texto constitucional: se a nova Constituição exigir para o trato da matéria lei complementar, tal norma ganhará então, a partir de sua recepção, *status* de lei complementar, só podendo ser alterada e/ou revogada por norma de mesma ou superior hierarquia; se a nova Constituição disciplinar que tal matéria pode ser tratada por lei ordinária, essa será a força normativa de tal norma anterior, independentemente de sua espécie legislativa sob a égide da Constituição anterior (poderia ser lei complementar, decreto do Executivo, decreto-lei etc.).

3.2 - Direito Anterior Incompatível com a Nova Constituição

As normas preexistentes conflitantes ficam imediatamente revogadas na data da promulgação da nova Constituição, nem mesmo sendo necessárias quaisquer cláusulas expressas a esse respeito. A cessação da eficácia das normas anteriores incompatíveis com a Constituição é matéria pacífica,

pouco importando a natureza desses preceitos, sejam outras normas constitucionais, sejam leis ordinárias, regulamentos ou meros atos administrativos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tranqüila a respeito, considerando revogado o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem constitucional. Segundo o Tribunal, não se cuida de inconstitucionalidade, mas sim de mero problema da sucessão do tempo, a ser resolvido no âmbito do direito intertemporal, com a aplicação do princípio da *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga lei anterior).

3.3 - Direito Anterior Revogado

Ainda sobre a questão dos efeitos das normas constitucionais, outras indagações podem ser feitas: "Poderia a nova Constituição revalidar as normas revogadas pela Constituição antiga por ela revogada? Está proibida, ou não, a repristinação no direito brasileiro?"

Em regra, a norma que perdeu sua eficácia sob a égide de uma Constituição não virá a readquiri-la com o novo texto constitucional. Essa possibilidade de restauração automática de eficácia, conhecida como **repristinação tácita**, não é aceita entre nós, por colocar em risco a ordem jurídica, causando sérias dificuldades à aplicação do direito. Todavia, não há proibição para que a Constituição a estabeleça, desde que o faça por meio de disposição expressa (**repristinação expressa**).

Portanto, se a Lei "Y" perdeu sua eficácia sob a égide da Constituição anterior, isto é, não estava vigendo por ocasião da elaboração da nova Carta, a promulgação do novo texto Constitucional não tem o condão de restaurar-lhe, automaticamente, a vigência. Essa restauração poderá vir a ocorrer, mas para que isso aconteça a nova Constituição deverá ter regra expressa nesse sentido.

4 – Constituição Nova e o Texto da Constituição Anterior

Vimos que todo o direito anterior à Constituição e que seja com ela incompatível restará automaticamente revogado com a sua promulgação. Mas pode ocorrer a seguinte situação: uma norma da Constituição anterior ser compatível com a nova Constituição mas não receber desta qualquer tratamento em seu texto.

Nessa hipótese, surge a indagação: "Qual a situação das normas constitucionais não incompatíveis e cuja matéria não tenha sido objeto de nova regulamentação constitucional? Perderiam elas sua vigência ou permaneceriam em vigor?"

A questão não é pacífica.

Parte da doutrina afirma que essas normas permanecem em vigor, não na sua qualidade de normas constitucionais, mas como leis de caráter ordinário, em decorrência do fenômeno da **desconstitucionalização**.

Segundo esse entendimento, os dispositivos da Constituição precedente, que não conflitam com a atual, não continuarão sendo constitucionais, mas ficarão vigendo, de acordo com o princípio da continuidade das normas compatíveis, como meras leis ordinárias. Defendem essa posição, dentre outros, Maria Helena Diniz e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

A **desconstitucionalização** consiste, pois, na recepção pelo novo texto constitucional, como leis ordinárias, dos antigos preceitos constitucionais que não foram objeto da nova Carta, mas não conflitam com esta. Para aqueles que aceitam essa tese, tais preceitos continuam em vigor, porém não mais na veste de norma constitucional, mas como leis ordinárias.

No entanto, a tese da desconstitucionalização é combatida por autores de renome, que opinam pela revogação total dos preceitos da constituição precedente não reproduzidas pelo novo texto constitucional.

O Professor José Afonso da Silva, outrora favorável à tese da desconstitucionalização, atualmente diz ter dúvidas de sua validade e conveniência, argumentando que “se uma constituição nova é elaborada pelo poder constituinte que não reproduz determinadas normas não essencialmente constitucionais (administrativas, civis etc.) insertas na constituição apenas para lhes dar maior estabilidade, significa isso que a nova ordem constitucional as quis desqualificar, não apenas como normas constitucionais, mas também como normas jurídicas vigentes. Isso quer dizer que ficam igualmente revogadas, tal como a constituição que as acolhia” (*in* Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª Edição, pág. 222).

Para Celso Ribeiro Bastos “a superveniência de uma nova Constituição desaloja por completo a anterior... Não são apenas prescrições isoladas ou avulsas da Constituição anterior que perdem vigência, mas sim o seu conjunto, independentemente de estarem ou não conformes com a nova Lei Maior... Se o poder constituinte teve êxito em substituir a ordem constitucional anterior, é porque colocou em seu lugar uma nova ordem constitucional. Nada da Constituição anterior sobrevive. Há uma autêntica revogação total, daí porque se tornar completamente descabido o indagar-se de forma isolada acerca da compatibilidade ou não de qualquer norma constitucional anterior, quer com a correspondente norma constitucional nova, quer com a nova Constituição no seu conjunto. Basta a sua inserção na Constituição revogada, para que ela co-partilhe necessariamente do seu destino, qual seja: a perda irremediável da eficácia” (*in* Curso de Direito Constitucional, 20ª Edição, pág. 75/6).

A orientação dominante na atualidade é a segunda, que refuta a tese da desconstitucionalização. Essa também a nossa opinião, de que promulgada uma nova Constituição, fica inteiramente revogada a anterior, sendo indiferente se seus preceitos guardam ou não compatibilidade entre si.

Há que se ressaltar, apenas, a possibilidade de a nova Constituição optar por conferir, **expressamente**, continuidade a tais dispositivos. Evidentemente, havendo previsão expressa nesse sentido – o que ocorre em alguns ordenamentos constitucionais, como o português, p. ex. -, nada haverá de ilegítimo.

EXERCÍCIOS.

- 1) (CESPE/AFCE/TCU/96) As normas jurídicas devem ser editadas em conformidade com a Carta Política vigente. É certo, porém, que, sobrevivendo uma nova Constituição, a norma jurídica anterior, cuja origem seja formalmente incompatível com o novo processo legislativo, não será recepcionada.
- 2) (CESPE/AFCE/TCU/96) A posição hierárquica de uma norma é definida pelas regras constitucionais vigentes. Por essa razão, pode-se encontrar, hoje, decreto presidencial vigendo com força de lei, tendo sido recepcionado como tal pela Constituição superveniente.
- 3) (ESAF/AFTN/94) Quanto ao direito ordinário pré-constitucional é correto afirmar-se: deve ser considerado como recebido pela nova ordem constitucional, desde que se mostre com ela compatível tanto sob o aspecto formal, quanto sob o aspecto material.
- 4) (ESAF/AFTN/94) Quanto ao direito ordinário pré-constitucional é correto afirmar-se: deve ser considerado como recebido pela nova ordem constitucional, desde que se mostre compatível com a Constituição de uma perspectiva estritamente formal.
- 5) (ESAF/AFTN/94) Quanto ao direito ordinário pré-constitucional é correto afirmar-se: a incompatibilidade entre lei anterior e norma constitucional superveniente refere-se apenas a aspectos materiais (conteúdo).
- 6) (CESPE/TÉCNICO LEGISLATIVO/MPE/GO) Na vigência do regime jurídico anterior à Constituição Federal de 1988 (CF), determinado tema havia sido disciplinado por meio de lei ordinária. A CF passou a exigir que o mesmo assunto fosse disciplinado por lei complementar. Em face dessa situação, a antiga lei foi recepcionada pelo novo ordenamento jurídico com *status* de lei complementar.
- 7) (CESPE/DELEGADO PC/GO) Caso determinada lei se torne materialmente incompatível com a Constituição Federal em decorrência de aprovação de Emenda Constitucional, é correto afirmar que a lei foi revogada.

- 8) (CESPE/DELEGADO PC/GO) Caso determinada lei se torne materialmente incompatível com a Constituição Federal em decorrência de aprovação de Emenda Constitucional, é correto afirmar que a lei tornou-se inconstitucional.
- 9) (ESAF/AFRF/2001) A lei ordinária anterior à nova Constituição, que com esta é materialmente incompatível, continua em vigor até que seja revogada por outra lei do mesmo status hierárquico.
- 10) (ESAF/AFRF/2001) Sabe-se que a Constituição em vigor não prevê a figura do Decreto-Lei. Sobre um Decreto-Lei, editado antes da Constituição em vigor, cujo conteúdo é compatível com esta, é possível afirmar que deve ser considerado repristinado, podendo produzir efeitos parciais.
- 11) (ESAF/AFRF/2001) Sabe-se que a Constituição em vigor não prevê a figura do Decreto-Lei. Sobre um Decreto-Lei, editado antes da Constituição em vigor, cujo conteúdo é compatível com esta, é possível afirmar que deve ser considerado formalmente inconstitucional e, por isso, insuscetível de produzir efeitos, pelo menos a partir da Constituição de 1988.
- 12) (ESAF/AFRF/2001) Sabe-se que a Constituição em vigor não prevê a figura do Decreto-Lei. Sobre um Decreto-Lei, editado antes da Constituição em vigor, cujo conteúdo é compatível com esta, é possível afirmar que deve ser considerado revogado com o advento da nova Constituição.
- 13) (ESAF/AFRF/2001) Sabe-se que a Constituição em vigor não prevê a figura do Decreto-Lei. Sobre um Decreto-Lei, editado antes da Constituição em vigor, cujo conteúdo é compatível com esta, é possível afirmar que continua a produzir efeitos na vigência da nova Carta, por força do mecanismo da recepção.
- 14) (ESAF/AFRF/2001) Sabe-se que a Constituição em vigor não prevê a figura do Decreto-Lei. Sobre um Decreto-Lei, editado antes da Constituição em vigor, cujo conteúdo é compatível com esta, é possível afirmar que passa a valer como decreto autônomo, perdendo a sua eficácia com relação às matérias submetidas ao princípio da legalidade.
- 15) A tese da desconstitucionalização é pacificamente aceita no Brasil.
- 16) Para a aferição da compatibilidade do direito ordinário anterior com o novo texto constitucional importa tão-somente o aspecto formal da norma, sendo irrelevantes os pressupostos de índole material (conteúdo).

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5C 6C 7C 8E 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15E 16E

AULA Nº 14: NOÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Atendendo a inúmeros pedidos, e considerando a proximidade da realização de alguns concursos públicos, resolvi iniciar o estudo do controle de constitucionalidade das leis.

Ressalvo que as considerações aqui expendidas presumirão um razoável conhecimento prévio da disciplina por parte do leitor. Não haverá, também, uma seqüência rígida no trato dos tópicos da matéria, já que o objetivo precípuo, nesse momento, é cuidar daqueles aspectos mais relevantes, de olho nos próximos concursos, que, certamente, não exigirão apenas noções básicas de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade difuso tem sua origem nos EUA, e baseia-se na alegação de inconstitucionalidade diante de um caso concreto, discutido em qualquer processo judicial.

Na discussão de uma relação jurídica num processo qualquer, submetido à apreciação do Poder Judiciário, suscita-se a dúvida sobre a constitucionalidade de um ato normativo relacionado com a lide. Surge, então, a necessidade de o Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade de tal ato normativo para proferir a sua decisão no processo. Ao apreciar tal questão, como antecedente necessário e indispensável ao julgamento do mérito do caso em exame, o Juiz ou Tribunal estará realizando o chamado controle difuso ou incidental.

É fácil notar, pois, que no controle difuso, quando o autor da ação procura a tutela do Poder Judiciário, sua preocupação inicial não é com a inconstitucionalidade da lei em si. Sua preocupação, o seu objetivo, é um dado direito concreto, exigível em face de alguém (a outra parte na ação). A constitucionalidade só é apreciada porque esse direito pretendido envolve a aplicação de uma lei, e esta lei é inquinada de inconstitucional. Sendo argüida a inconstitucionalidade da norma, o Juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade da norma. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica qualquer. Ou, mais ainda: por isso esse controle é chamado "incidental", porque a controvérsia sobre a constitucionalidade representa uma questão acessória (um incidente) a decidir, surgida no curso de uma demanda principal.

Embora seja comum a questão de constitucionalidade ser levantada por umas das partes do processo, também o representante do Ministério Público poderá fazê-lo, ou mesmo o juiz ou tribunal reconhecê-la de ofício.

Um exemplo pitoresco elucida a questão: recentemente chegou ao Supremo Tribunal Federal um processo, oriundo do Rio Grande do Sul, versando – acredite! – sobre a briga de dois cães, um da raça cocker e outro sharpei. A disputa, depois de percorrer as instâncias inferiores do Poder Judiciário, foi parar no STF, via recurso extraordinário, certamente por ter sido suscitada uma questão de ofensa à Constituição.

Muito bem, ridículo à parte, vamos ao que interessa: quando iniciou essa ação, certamente o Autor não estava preocupado com a questão de constitucionalidade de dada lei, com ofensa à Constituição; sua preocupação era, sem dúvida, com o cãozinho! Mas, no curso do processo, foi levantada uma questão de inconstitucionalidade qualquer, e que, para decidir sobre o futuro dos raivosos, o Poder Judiciário terá que examinar. Ao apreciar tal incidente, o Poder Judiciário estará realizando o controle difuso.

Exatamente por surgir no curso de um processo comum, o controle de constitucionalidade difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário. Qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, comum ou especial, pode examinar a constitucionalidade de lei e, portanto, declará-la inconstitucional, com o fito de afastá-la de aplicação a um caso concreto. Os Juízes de primeira instância, da Justiça Estadual, Federal, Trabalhista, Eleitoral etc., os diversos Tribunais Judiciais (TJ, TRF, STJ, TST, TSE, STF etc.), todos são competentes para decidir, no âmbito de sua competência, sobre a constitucionalidade das leis no controle difuso.

Evidentemente, as decisões sobre a constitucionalidade proferidas pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário não são, em princípio, definitivas, podendo chegar ao Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c).

EXERCÍCIOS.

1) (CESPE/PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL/97) O controle de constitucionalidade na modalidade difusa, quanto assim admitido pelo ordenamento jurídico de um país, significa a

possibilidade de que qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, reconheça a inconstitucionalidade de uma norma jurídica necessária à solução de um conflito e, em consequência, deixe de aplicá-la ao caso concreto.

2) (CESPE/FISCAL INSS/97): No controle difuso, o julgador somente pode proclamar a inconstitucionalidade de uma lei se uma das partes ou o Ministério Público expressamente o requerer.

GABARITO:

1C 2E

AULA Nº 15: RESERVA DE PLENÁRIO

No controle difuso de constitucionalidade qualquer órgão do Poder Judiciário, Juiz ou Tribunal, possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo conflitantes com a Constituição.

No entanto, em relação à atuação dos tribunais, a Constituição Federal contém regra específica para a declaração de inconstitucionalidade, conhecida como “reserva de plenário”, expressamente consagrada no seu art. 97, que dispõe:

“somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Essa exigência de maioria absoluta visa a garantir maior segurança ao ordenamento jurídico, realçando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Ao impor a exigência de maioria absoluta, o constituinte conferiu primazia à presunção de constitucionalidade das leis, pois sempre que não atingido esse quorum, a norma será tida por constitucional.

Vale observar que a maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial é diferente da maioria dos juízes presentes (maioria simples). Para a declaração de inconstitucionalidade é preciso que a maioria absoluta dos componentes do tribunal, ou do órgão especial, a adote, independentemente do número dos presentes.

A previsão constitucional para os tribunais instituírem órgão especial está consignada no art. 93, inciso IX, da Constituição, nos seguintes termos: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno”.

Como se vê, a “reserva de plenário” impõe aos tribunais a obrigatoriedade de observância do quorum especial nela estabelecido para a pronúncia de inconstitucionalidade. Naqueles tribunais em que haja órgão especial, a inconstitucionalidade poderá ser declarada pelo voto da maioria absoluta do plenário do tribunal ou do respectivo órgão especial. Não havendo órgão especial, a declaração somente poderá dar-se por deliberação do Plenário. Os órgãos fracionários dos tribunais, tais como as Turmas e Câmaras, estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade das leis.

Outra questão a ser ressaltada é que a reserva de plenário vincula todos os tribunais do país, exigindo de todos a necessidade de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade, quer seja em face da Constituição Federal, quer seja frente à Constituição Estadual. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os tribunais estaduais estão subordinados ao seu cumprimento, seja no controle difuso, seja no modelo abstrato. Da mesma forma, os tribunais de contas, ao examinar a constitucionalidade de uma lei, deverão obedecer à reserva de plenário. Não respeitada a exigência do art. 97 da CF, será ilegítima, absolutamente nula, a decisão do órgão colegiado.

Portanto, no que tange ao controle difuso ou incidental, é certo afirmar que:

- (1) qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, pode examinar a constitucionalidade de lei e, portanto, declará-la inconstitucional, com a finalidade de afastá-la de aplicação a um caso concreto;
- (2) no entanto, enquanto o juiz singular pode afastar, por si só, a aplicação de uma lei, por entendê-la inconstitucional, os tribunais, em face do art. 97 da CF, somente poderão fazê-lo por deliberação da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial.

No entanto, a “reserva de plenário” foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal com certo abrandamento. Segundo o STF, a razão de ser da regra do art. 97 está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionários apreciem, **pela primeira vez**, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a certo ato normativo.

Desse modo, por razões de economia e celeridade processuais, havendo declaração anterior de inconstitucionalidade pelo órgão especial, pelo pleno do tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que incidentalmente, não há necessidade, nos casos futuros, de observância da reserva de plenário estatuída no art. 97, podendo os órgãos fracionários aplicar diretamente o precedente às novas lides.

Veja-se a seguinte pronúncia do STF: “Uma vez já declarada a inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Órgão Especial ou pelo Plenário do Tribunal, ficam as Turmas ou Câmaras da Corte

autorizados a aplicar o precedente aos casos futuros sem que haja a necessidade de nova remessa àqueles órgãos, porquanto já preenchida a exigência contida no art. 97 da CF.” (RE nº 199017/RS).

Em outro momento, afirmou aquela Corte a desnecessidade de aplicação da reserva de plenário por outros tribunais “quando já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma questionada” (RE 227018/RS).

Essa matéria restou positivada com a nova redação dada pela Lei n.º 9.756, de 1998, ao parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

“Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

EXERCÍCIOS.

1) (CESPE/DELEGADO POLÍCIA FEDERAL/97) Em razão de a Constituição brasileira haver adotado mecanismos de controle judicial difuso de constitucionalidade, qualquer órgão judicial, monocrático ou colegiado, inclusive os órgãos fracionários dos tribunais, pode declarar, em qualquer julgamento, a incompatibilidade de determinada norma jurídica com a Constituição.

2) (ESAF/AGU/98) Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle incidental perante os Tribunais exige que, toda vez que renovado pedido de declaração de inconstitucionalidade em relação à mesma lei, deve o órgão fracionário submeter a controvérsia ao plenário ou, se for o caso, ao órgão especial da Corte.

3) (ESAF/AGU/98) Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei pelo Supremo Tribunal Federal, pode o órgão fracionário de Tribunal de Justiça deixar de aplicar o referido diploma sem observância da chamada "reserva de plenário.

GABARITO:

1E 2E 3C

AULA Nº 16: EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE DIFUSO

Os efeitos da decisão proferida no controle incidental devem ser analisados separadamente: num primeiro momento, em face da decisão definitiva proferida pelo Poder Judiciário; num segundo, após o ato de suspensão da execução da lei ou ato normativo baixado pelo Senado Federal (este, se houver).

1 – DECISÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

A pronúncia de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário na via incidental, proferida em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, no qual foi colocado o problema da inconstitucionalidade, fazendo coisa julgada apenas entre as partes do processo. Quer provenha a decisão dos Juízes de primeira instância, quer provenha do Supremo Tribunal Federal, sua eficácia será apenas *inter partes*.

Essa eficácia surte efeitos *ex tunc*, isto é, opera retroativamente em relação ao caso que lhe deu motivo (e, repita-se, só em relação a este), fulminando a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento.

Anote-se que a norma continua a vigor, com toda sua força obrigatória em relação a terceiros, de forma que todas as pessoas que desejem ver a si estendido o benefício da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico devem postular sua pretensão perante os órgãos judiciais, em ações distintas.

Há, entretanto, a possibilidade de ampliação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, por meio da suspensão da execução da lei tida por inconstitucional por ato do Senado Federal, conforme previsão expressa do art. 52, inciso X, da Carta Política.

2 – SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO PELO SENADO FEDERAL

Afirmamos acima que a pronúncia de inconstitucionalidade do Poder Judiciário no modelo incidental, ainda quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal, somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribuiu-se ao Senado Federal a faculdade de suspender o ato declarado inconstitucional pelo STF, conferindo eficácia geral (*erga omnes*) à decisão daquele tribunal.

Portanto, uma vez declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, o tribunal faz a comunicação, logo após a decisão definitiva, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, inciso X, da CF.

A eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade no controle difuso, portanto, deve ser assim entendida:

- (1) a decisão definitiva do STF opera efeitos *inter partes*, atingindo apenas os envolvidos no processo em que proferida;
- (2) a partir do ato de suspensão da execução pelo Senado Federal, a eficácia é ampliada, estendida *erga omnes*, perdendo a lei sua validade em relação a todos os cidadãos, não podendo mais ser aplicada.

Cabe ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade é competência do Supremo Tribunal Federal, mas a suspensão é função do Senado Federal. Integram-se Supremo e Senado numa tarefa constitucional comum. Sem a declaração do Supremo Tribunal Federal, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei não declarada inconstitucional, mas tão-só ampliar a eficácia da pronúncia do Supremo Tribunal Federal.

O papel do Senado Federal – suspender a execução de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – nada mais é do que estender *erga omnes* os efeitos de uma decisão judicial proferida num dado caso concreto, que originariamente alcança exclusivamente as partes do processo. O Senado, em face daquela decisão *inter partes*, suspende a execução da lei, estendendo o julgado do tribunal *erga omnes*.

Em relação à atuação do Senado Federal, alguns aspectos merecem destaque.

2.1 – Espécie legislativa para a suspensão da execução

A espécie normativa para a suspensão da eficácia de lei pelo Senado Federal é a resolução.

2.2 – Efeitos da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal

Essa questão não é pacífica na doutrina.

Autores de renome sustentam posições antagônicas, uns considerando ter a suspensão de eficácia efeitos retroativos (*ex tunc*), outros proclamando que o ato do Senado Federal opera eficácia, tão-só, daí por diante (*ex nunc*).

Entendemos que a posição predominante na doutrina seja no sentido de conferir à decisão do Senado Federal eficácia *ex nunc*.

2.3 – Discricionariedade do Senado Federal para a suspensão da execução

O Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, podendo julgar da oportunidade e conveniência da prática de tal ato.

2.4 – Prazo para a suspensão de execução da lei pelo Senado

Não há prazo certo para o Senado Federal se manifestar, tampouco sanção específica para a hipótese de eventual recusa à suspensão da execução do ato.

2.5 – Irrevogabilidade da suspensão de execução do Senado Federal

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade declarada, não pode o Senado revogar o ato de suspensão anterior. Assim, suspenso o ato inconstitucional por resolução, não poderá aquela Casa Legislativa, posteriormente, alterar o seu entendimento para tornar sem efeito ou mesmo modificar o sentido desse ato de suspensão.

2.6 – Extensão da suspensão de execução pelo Senado Federal

O Senado Federal não pode restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Deve ater-se à extensão da declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal, não tendo competência para interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la.

Assim, a autorização constitucional para que o Senado Federal possa “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (CF, art. 52, X), não há de ser entendida como poder de admitir apenas uma parte do que foi declarado inconstitucional. Se toda a lei foi declarada inconstitucional, a suspensão há de ser total, dela toda; o Senado não pode decidir fazê-lo apenas em parte; portanto, quando o texto fala suspender em parte, está se referindo aos casos em que também só parte da lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

2.7 – Alcance da competência do Senado Federal

A competência do Senado Federal para a suspensão de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal alcança tanto as leis federais, quanto as leis estaduais, distritais ou municipais.

2.8 – Inaplicabilidade da suspensão de execução ao controle abstrato

A comunicação ao Senado Federal para a suspensão da execução de lei não se aplica quando a declaração de inconstitucionalidade decorre de controle abstrato. É procedimento exclusivo para os casos de decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, incidental, pois sua razão de ser está precisamente em fazer expandir, a todos, os efeitos da decisão que, em si, só tem eficácia entre as partes.

EXERCÍCIOS.

1) (ESAF/ANALISTA JUDICIÁRIO STF/99) Considerando que o STF, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade das leis, tenha julgado inconstitucional a lei que instituiu determinada contribuição social, então a Corte deverá comunicar a decisão ao Senado Federal, que é o órgão investido de competência privativa para proceder, em tais circunstâncias, à suspensão da execução da referida lei.

2) (ESAF/ANALISTA COM. EXTERIOR/98) O Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto ou incidental de normas.

3) (ESAF/AFTN/96) Compete ao Senado Federal suspender a execução de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto ou em processo de controle abstrato de normas.

- 4) (ESAF/AFTN/96) No caso de suspensão de execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, poderá o Senado Federal suspender o ato normativo impugnado, admitindo-se inclusive que se suspenda apenas uma ou algumas das disposições declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.
- 5) (ESAF/AGU/98) O Senado Federal, após a suspensão da execução da lei inconstitucional, não está impedido de revogar ou modificar o referido ato de suspensão.
- 6) (CESPE/PAPILOSCOPISTA PF/97) O controle de constitucionalidade exercido, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) produz sempre efeito contra todos (erga omnes), inclusive contra aqueles, portanto, que não foram parte do processo.
- 7) (CESPE/PROCURADOR INSS/97) No controle da constitucionalidade das leis pela via da exceção, a decisão só aproveita ao interessado que provocou o pronunciamento do órgão jurisdicional. O ato ou a lei permanecem válidos, portanto, no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.
- 8) (CESPE/DELEGADO/PF/97) Mesmo a decisão proferida no controle judicial difuso de constitucionalidade pode vir a produzir efeitos erga omnes.

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5E 6E 7C 8C

AULA Nº 17: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO

Entre nós, o sistema de controle de constitucionalidade predominante é o jurisdicional, em que a competência para apreciar a constitucionalidade das leis é outorgado aos órgãos do Poder Judiciário.

Há entre nós, no entanto, hipóteses de controle político de constitucionalidade, realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo, inclusive preventivamente, com o objetivo de evitar o ingresso no mundo jurídico de leis e atos normativos contrários à Constituição.

Analisaremos hoje duas importantes questões relacionadas com o papel do Poder Executivo no controle de constitucionalidade:

(1) o exercício do poder de veto com fundamento na inconstitucionalidade da lei, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição Federal;

(2) a possibilidade de que o Chefe do Poder Executivo se negue a aplicar lei por entendê-la inconstitucional.

A respeito do veto, dispõe a Constituição Federal que compete privativamente ao Presidente da República vetar projeto de lei, total ou parcialmente, quando entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 66, § 1º, c/c art. 84, V).

Observa-se, assim, que um dos motivos que autorizam o veto do Presidente da República ao projeto de lei é a constatação de sua inconstitucionalidade.

É sabido que no Brasil o processo de criação das leis se encerra com a sanção do Presidente da República, quando este manifesta sua concordância com o projeto aprovado pelo Legislativo. Não seria razoável, pois, admitir-se que o Presidente da República, participante do processo legislativo, permanecesse inerte frente a um projeto que desrespeite a Constituição, já que, caso convertido em lei, gozará da chamada presunção de constitucionalidade. Essas mesmas considerações valem, evidentemente, para o Chefe do Poder Executivo nos Estados e nos Municípios, que também exerce o poder de veto a projeto de lei.

A doutrina brasileira tem reconhecido nesse ato do Chefe do Executivo – veto jurídico ao projeto de lei – espécie de controle preventivo de constitucionalidade, que tem por objeto evitar que ingresse no mundo jurídico norma incompatível com os ditames constitucionais. Esse controle preventivo, do tipo político, constitui exceção em nosso sistema, que, conforme vimos, é jurisdicional e repressivo.

Ainda sobre o assunto, importante ressaltar que o veto do Chefe do Executivo não possui força definitiva, já que tal manifestação poderá ser apreciada, e superada, pelo Poder Legislativo. No âmbito federal, a manifestação do Presidente da República será objeto de apreciação pelo Congresso Nacional, que, nos termos do art. 66, § 4º, da CF, poderá rejeitá-lo por maioria absoluta de seus membros.

O segundo aspecto a ser analisado é a possibilidade de inexecução pelo Chefe do Poder Executivo de lei por ele considerada inconstitucional.

Em razão de estarmos diante de um Estado Democrático de Direito, o Poder Executivo, assim como os demais Poderes do Estado, está obrigado a agir nos estritos termos prescritos pela Constituição Federal. Não seria razoável, portanto, fosse o chefe do Poder Executivo obrigado a dar cumprimento a uma lei que entendesse flagrantemente inconstitucional.

Poderia o Chefe do Poder Executivo negar a aplicação de uma lei que considere inconstitucional? Pode, p. ex., o Governador de um Estado baixar um decreto determinando aos seus órgãos subalternos que neguem aplicação à dada lei vigente, por entendê-la inconstitucional?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido positivo, conferindo essa competência ao Chefe do Executivo. Na ADIn 221/93, deixou assente o tribunal que o Poder Executivo, por sua Chefia, pode determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

Concede-se, nesse caso, ao chefe desse Poder, um poder de auto-defesa, para melhor atender ao interesse público, admitindo-se, excepcionalmente, a negativa de aplicação da lei considerada inconstitucional. Ressalte-se, apenas, que essa competência é exclusiva do Chefe do Poder, o que veda a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação

de inconstitucionalidade. Este, sempre que vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa, deverá propor a submissão da matéria ao chefe do Poder.

EXERCÍCIOS.

- 1) (CESPE/PROCURADOR INSS/97) O Presidente da República exerce, no Brasil, controle preventivo da constitucionalidade das leis.
- 2) (CESPE/PAPILOSCOPISTA PF/97) O controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo, no Brasil.
- 3) (CESPE/PAPILOSCOPISTA PF/97) O controle de constitucionalidade é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, no Brasil.
- 4) O Chefe do Poder Executivo pode determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

GABARITO:

1C 2C 3E 4C

AULA Nº 18: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER LEGISLATIVO

Vimos na aula passada que o Poder Executivo também participa do controle de constitucionalidade no Brasil. Analisadas as manifestações do Poder Executivo – por meio do veto e da inexecução de lei considerada inconstitucional –, veremos hoje o papel do Poder Legislativo.

A primeira manifestação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade ocorre nos trabalhos da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) no Congresso Nacional.

Essa comissão, presente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, manifesta-se sobre as proposições submetidas à apreciação do Poder Legislativo, podendo concluir, por meio de parecer, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da matéria examinada. A previsão para esse exame de constitucionalidade está presente na Constituição Federal, art. 57, § 2º, I, e nos Regimentos da Câmara Federal (art. 53, III) e do Senado Federal (art. 101, I, e 253).

Essa fiscalização da CCJ sobre as proposições apresentadas ao Poder Legislativo representa, sem dúvida, uma fiscalização de constitucionalidade. Trata-se de controle **político preventivo** de constitucionalidade, tendo por objeto evitar que ingresse no ordenamento jurídico lei com vícios de inconstitucionalidade.

Outro juízo de constitucionalidade manifestado pelo Poder Legislativo está embasado no art. 49, V, da Constituição Federal.

Esse dispositivo autoriza o Congresso Nacional a sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (decretos do Chefe do Executivo) ou dos limites da delegação legislativa outorgada (lei delegada). Esse poder conferido ao Legislativo – típico **controle político** da constitucionalidade – é denominado por parte da doutrina de “veto legislativo”.

Como se vê, por força do art. 49, V, da Constituição Federal, são duas as hipóteses nas quais o Poder Legislativo tem a competência de sustar os atos inconstitucionais do Executivo:

(1ª) Quando o Poder Executivo exorbita o poder regulamentar

É sabido que vigem entre nós, como elementos fundamentais do Estado de Direito, os princípios da supremacia da lei e da reserva legal, significando que só a lei pode obrigar o indivíduo (art. 5º, II, da CF). O Chefe do Poder Executivo pode, tão-somente, expedir decreto para a fiel execução da lei (art. 84, IV), mas este não é ato normativo independente, mas sim submisso à lei, dependente da lei. Sua função é regulamentar, explicar, desdobrar o conteúdo da lei, facilitando a sua aplicação e eficácia – jamais pode ultrapassar os ditames da lei, criando obrigações novas, além do texto legal. Se assim agir o Poder Executivo, seu ato poderá, com base no art. 49, V, da CF, ser sustado pelo Congresso Nacional.

(2ª) Quando o Poder Executivo exorbita dos limites da delegação legislativa

As leis delegadas representam uma autorização dada pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para que este legisle sobre determinada matéria, nos termos do art. 68 da Constituição Federal. A delegação, efetivada por meio de resolução, especificará seu conteúdo e os termos do seu exercício, podendo haver apreciação posterior pelo Congresso Nacional, em sessão única, vedada a apresentação de emendas.

Também nesse caso, ultrapassando o Chefe do Poder Executivo os limites da delegação legislativa – legislando além daquilo que lhe foi delegado, ou sobre as matérias excluídas do âmbito da delegação legislativa, previstas no § 1º do art. 68 –, detém o Legislativo o poder de sustar a eficácia desses atos.

Merece destaque o fato de que a deliberação do Congresso Nacional, sustando o ato normativo do Poder Executivo, nos casos acima apresentados, pode, segundo a jurisprudência do STF, ser levada à apreciação do Poder Judiciário, inclusive em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADin 748).

Dois outros aspectos merecem comentários:

(1) não existe entre nós a possibilidade de se suspender, mediante ato do Poder Legislativo, decisão judicial que tenha declarado a inconstitucionalidade de ato normativo. Essa odiosa hipótese, típica de Estado antidemocrático, já existiu no Brasil, sob a égide da Constituição de 1937, quando o Parlamento tinha competência para confirmar a validade de uma lei, cassando decisão anterior do Poder Judiciário em sentido contrário. Permitia-se ao Poder Legislativo a constitucionalização de normas até então consideradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Atualmente é entendimento pacífico de que esse instituto não poderia ser introduzido no Brasil, ainda que por meio de emenda à

Constituição, por força das chamadas cláusulas pétreas, que inibem a deliberação sobre emenda tendente a abolir a separação dos Poderes.

(2) o Poder Legislativo não pode aprovar projeto de lei declarando a inconstitucionalidade – nulidade – de lei anterior, pois esse controle de constitucionalidade, de forma definitiva, é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Não é legítimo, pois, o Poder Legislativo declarar, por meio de outra lei, a nulidade de uma dada lei anterior, por considerá-la incompatível com a Constituição. Na verdade, eventual ato legislativo nesse sentido será interpretado como ato de mera revogação da lei anterior. Esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADin 221).

Finalmente, cabe ressaltar que, segundo orientação do STF, os Tribunais de Contas, no desempenho de suas atribuições constitucionais, possuem competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, afastando a aplicação daqueles que entenderem inconstitucionais.

EXERCÍCIOS

1) (ESAF/AUDITOR/CE/98) A legitimidade da suspensão pelo Legislativo de ato do Executivo que exorbite dos limites do poder regulamentar é suscetível de verificação em sede de controle de constitucionalidade.

2) (ESAF/AUDITOR/CE/98) O Chefe do Poder Executivo municipal não pode deixar de cumprir lei sob a alegação de incompatibilidade com a Constituição Federal.

3) (ESAF/AFC/96) Decisão do Congresso Nacional no sentido de sustar a eficácia de ato normativo que exorbite dos limites do poder regulamentar pode ser objeto de controle de constitucionalidade concentrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

4) (ESAF/AFTN/96) O ato do Congresso Nacional que suspende ato normativo que exorbite os limites do poder regulamentar pode ter a sua legitimidade aferida pelo Supremo Tribunal Federal.

5) (ESAF/AGU/96) A resolução do Congresso Nacional que susta os atos normativos do Executivo exorbitantes do poder regulamentar não é suscetível de revisão no âmbito judicial.

GABARITO:

1C 2E 3C 4C 5E

AULA Nº 19: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Lei nº 7.347, de 1985, instituiu a ação civil pública como medida destinada à defesa dos chamados "interesses difusos e coletivos". É uma ação de alcance amplo, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, desde que satisfeito o pressuposto "interesses difusos e coletivos".

Deixando de lado aqui a discussão sobre tão indeterminado conceito – "interesse difuso e coletivo" – (tema que poderá ser objeto de aula específica), a problemática a ser hoje apresentada é outra: é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade? É possível utilizá-la com o único propósito de se obter a declaração, em tese, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Admitindo-se tal possibilidade, qual seria a eficácia dessa decisão? Essa eficácia restaria limitada às partes integrantes do processo ou seria *erga omnes*?

A dúvida surgiu em virtude da Lei nº 7.347, de 1985, ao regular a eficácia da decisão proferida nessa ação, estabelecer que "a sentença civil fará coisa julgada erga omnes" (art. 16).

A partir da previsão legal dessa eficácia geral, a questão passou a ser colocada nos seguintes termos: se utilizada a ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, a decisão proferida nessa ação, ainda quando emanada de um Juiz de primeira instância, terminaria por ter a mesma eficácia consagrada com exclusividade pela Constituição para as decisões em ação direta de inconstitucionalidade - ADIn. Haveria, no caso, nítida usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Na doutrina, a questão sobre a utilização da ação civil pública no controle de constitucionalidade não é pacífica.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, já firmou orientação a respeito.

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública não pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade quando funcionar como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade - ADIn, não visando ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas sim à apreciação da inconstitucionalidade da lei em tese.

Dessa forma, o STF não admite que a ação civil pública seja utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade - ADIn, hipótese na qual haveria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Não se admite, portanto, seja a ação civil pública utilizada como meio de controle de constitucionalidade quando os efeitos de sua decisão forem com eficácia geral, *erga omnes*.

Por outro lado, admite o STF seja a ação civil pública utilizada no âmbito do controle de constitucionalidade difuso ou incidental, quando "tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo" (STF, Reclamação nº 602/6).

Em suma, reza o seguinte a jurisprudência do STF a respeito da utilização da ação civil pública no controle de constitucionalidade:

(1) a ação **não** pode ser utilizada como substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade - ADIn, visando à obtenção da declaração de inconstitucionalidade, em tese, e com eficácia *erga omnes*, de lei ou ato normativo;

(2) a ação **pode** ser utilizada no controle de constitucionalidade difuso ou incidental, tendo a decisão efeitos somente para as partes no caso concreto.

EXERCÍCIOS.

1) (ESAF/AGU/98) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública não é instrumento idôneo para se obter, em qualquer hipótese, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

2) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade.

3) (ESAF/ANALISTA COMÉRCIO EXTERIOR/98) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública não constitui instrumento adequado para impugnação de lei inconstitucional.

GABARITO:

1E 2C 3E

AULA Nº 20: 30 QUESTÕES QUE VOCÊ PRECISA SABER SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A partir da próxima aula, iniciaremos o estudo do controle de constitucionalidade abstrato perante o Supremo Tribunal, com ênfase na jurisprudência daquele tribunal, bem assim nas novas disposições legais sobre o assunto.

Considerando a expectativa em torno da breve realização de alguns concursos públicos, resolvi inovar na aula de hoje, enumerando as informações que considero imprescindíveis que o candidato saiba sobre aquilo que até aqui foi tratado em nossas aulas de controle de constitucionalidade. Todas as assertivas abaixo são verdadeiras, e consubstanciam as conclusões mais importantes a respeito do que até aqui estudamos, em diversas aulas, sobre controle de constitucionalidade.

- 1) O controle de constitucionalidade no Brasil, em regra, é o jurisdicional repressivo, mas há também controle político exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo.
- 2) O Presidente da República, ao vetar um projeto de lei, por entendê-lo inconstitucional, exerce controle preventivo de constitucionalidade.
- 3) A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Poder Legislativo, ao apreciar as proposições que lhe são submetidas, exerce controle preventivo de constitucionalidade.
- 4) Ao Congresso Nacional compete sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Esse ato do Congresso Nacional, por sua vez, está sujeito à apreciação do Poder Judiciário.
- 5) O Chefe do Poder Executivo pode, por ato próprio, afastar a aplicação de determinada lei, por entendê-la inconstitucional.
- 6) No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, afastando a sua aplicação a um caso concreto.
- 7) Embora todos os juízes e tribunais do Poder Judiciário, em qualquer nível de jurisdição, possam, na via incidental, exercer o controle de constitucionalidade, as exigências para essa pronúncia são distintas: enquanto um juiz de primeiro grau possa, por si só, afastar a aplicação da lei a um caso concreto, por considerá-la inconstitucional, os tribunais somente podem fazê-lo, como regra geral, pelo voto da maioria absoluta de seus membros – ou do respectivo órgão especial.
- 8) No âmbito dos tribunais, os chamados órgãos fracionários, Turmas ou Câmaras, não dispõem, segundo a Constituição, de competência originária para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.
- 9) Reza a Constituição Federal que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. No entanto, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, pelo Órgão Especial ou pelo Plenário do Tribunal, ou pelo STF, ficam os órgãos fracionários – Câmaras ou Turmas – autorizados a aplicar o precedente aos casos futuros submetidos à sua apreciação.
- 10) No âmbito do controle incidental, qualquer uma das partes do processo pode suscitar a questão de inconstitucionalidade. Ademais, ainda que nenhuma das partes o faça, o Ministério Público ou o Juiz, de ofício, poderão fazê-lo.
- 11) No âmbito do controle difuso ou incidental, a proclamação de inconstitucionalidade pelo STF produz efeitos, em princípio, apenas *inter partes*, permanecendo o ato válido com relação a terceiros não integrantes da lide. Essa decisão, no entanto, poderá vir a ter eficácia contra todos (*erga omnes*), caso o Senado Federal, por meio de resolução, decida pela suspensão da execução do ato declarado inconstitucional, definitivamente, pelo Supremo Tribunal Federal.
- 12) A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle incidental, possui, por si só, eficácia jurídica em relação as partes do processo; apenas a concessão de eficácia *erga omnes* de tal decisão é que fica condicionada à suspensão da execução da lei pelo Senado Federal.
- 13) No âmbito do controle incidental, o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

- 14) Não há, na Constituição Federal, previsão de prazo para que o Senado Federal proceda à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso.
- 15) O Senado Federal, após a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não pode revogar o seu ato de suspensão.
- 16) O Senado Federal, ao suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não pode restringir ou ampliar a extensão do julgado do tribunal.
- 17) A competência do Senado Federal, insculpida no art. 52, X, da Constituição Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal alcança as leis federais, estaduais, distritais e municipais.
- 18) A previsão constitucional para que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, aplica-se somente àquelas decisões proferidas no controle difuso ou incidental de constitucionalidade (não alcança a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, pois nesse a própria decisão do STF já é dotada de eficácia contra todos).
- 19) O princípio implícito da razoabilidade/proporcionalidade, que segundo a jurisprudência do STF, tem sua sede material no princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), tem sido reiteradamente utilizado pelo tribunal no âmbito do controle de constitucionalidade.
- 20) A ação civil pública pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade, desde que sua decisão não funcione como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade (eficácia erga omnes), usurpando a competência originária do Supremo Tribunal Federal.
- 21) O Advogado-Geral da União atua no processo de ação direta de inconstitucionalidade como defensor da lei ou ato impugnado. Em sua atuação deverá SEMPRE defender a constitucionalidade da norma. Essa atuação não se faz presente nos processos de ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
- 22) A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade são ações de caráter dúplice ou ambivalente. Significa dizer que ambas reconhecem tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade da norma.
- 23) A lei inconstitucional no direito brasileira é NULA, devendo ser retirada do ordenamento jurídico desde o seu nascimento. As decisões do Poder Judiciário, quando reconhecem a inconstitucionalidade de uma lei, afirmam a sua NULIDADE. A partir de 1999, porém, reconheceu-se ao STF a possibilidade de, no âmbito do controle abstrato, declarar a inconstitucionalidade de uma lei com eficácia ex nunc.
- 24) Em regra, a concessão de medida cautelar no controle abstrato de normas gera efeitos ex nunc. Poderá o STF, contudo, conferir efeitos retroativos (ex tunc), desde que o faça expressamente.
- 25) Embora o controle abstrato de normas seja considerado processo objetivo, de fiscalização da Constituição, a jurisprudência do STF exige, por parte de certos legitimados, a demonstração de interesse específico (vínculo de pertinência) para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.
- 26) Os legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) não são os mesmos autorizados a dar início ao controle mediante ação declaratória de constitucionalidade (ADECON). Todos os legitimados para a propositura de ADECON podem propor ADIN, mas a recíproca não é verdadeira.
- 27) A Constituição admite que normas estaduais ou federais sejam impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em sede de ação declaratória de constitucionalidade, porém, só se admite a apreciação de normas federais. Em nenhuma dessas ações é possível a apreciação de normas municipais.
- 28) O direito ordinário pré-constitucional (editado anteriormente à promulgação da atual Carta) não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Da mesma forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal não admite, nessa via, a impugnação dos chamados atos regulamentares, das leis de efeito concreto e de qualquer norma já revogada.
- 29) O controle de constitucionalidade é decorrência do princípio da supremacia da Constituição, que, por sua vez, é corolário imediato da chamada rigidez constitucional.

30) Os tribunais de contas, no desempenho de suas atribuições, podem realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

AULA Nº 21: NOÇÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO NO BRASIL

1) BREVE HISTÓRICO

O Brasil inicialmente adotou o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, judicial e difuso, evoluindo aos poucos para um sistema misto e peculiar, que combina o modelo difuso, por via de exceção, com o critério concentrado (abstrato), por via de ação.

A atual Constituição manteve íntegro o controle difuso, reconhecido a todos os órgãos do Poder Judiciário, bem assim o controle abstrato, exercido por via de ação.

No entanto, introduziu significativas inovações em matéria de controle de constitucionalidade, ampliando visivelmente a importância do modelo abstrato, dentre as quais podem ser destacadas as seguintes:

- (1) ampliação do direito de instauração do controle abstrato (art. 103, I a IX), até então privilégio exclusivo do Procurador-Geral da República;
- (2) previsão expressa da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- (3) possibilidade de os Estados-membros instituírem a declaração de inconstitucionalidade em tese de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º);
- (4) criação da ação declaratória de constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional n. 3, de 1993.

Pode-se concluir, portanto, que até o advento da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade brasileiro tinha sua base no sistema difuso ou incidental, realizado no curso dos processos judiciais comuns. Essa situação foi modificada pelo atual texto, que passou a dar maior importância ao controle abstrato, especialmente por meio da ampliação dos entes legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, I a IX) e da instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 4º).

Atualmente, essa ampla legitimação e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo impugnado, mediante pedido de medida cautelar, fazem com que as principais questões constitucionais sejam questionadas por meio de ações diretas, no âmbito do controle abstrato.

Esse modelo abstrato assumiu também um relevante significado federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado, a aferição de leis estaduais mediante requerimento do Presidente da República e a aferição da constitucionalidade de lei de um Estado mediante requerimento de Governador de outro Estado.

Em suma, à vista da Constituição vigente, temos (a) a aferição da inconstitucionalidade por ação ou por omissão e (b) o sistema de controle é, em regra, o jurisdicional, combinando as vias difusa e abstrata.

2) CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE ABSTRATO

O controle abstrato de normas, introduzido no Direito brasileiro a partir de 1965, tem como única finalidade a defesa do ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis. Diferentemente do controle incidental, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém dos efeitos de uma lei, a via de ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Por isso se diz que a inconstitucionalidade é examinada em tese, sendo o controle exercido em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei em si, e não mais, incidentalmente, em um processo comum.

Assim, como a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, o que se busca não é a garantia de direitos subjetivos, liberando alguém do cumprimento de uma lei inconstitucional, mas expelir do sistema jurídico a lei ou ato inconstitucionais. Não se cuida do julgamento de uma relação concreta, mas, sim, da validade de uma lei em tese, frente à Constituição.

Nessa via de controle, para a instauração do processo é dispensável a demonstração de um interesse jurídico específico para agir, pois se visa a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. O autor não alega a

existência de lesão a direito próprio, pessoal, mas atua como representante do interesse público, na defesa da Constituição. Por isso a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm afirmado a natureza do controle abstrato de normas como "processo objetivo", que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição.

O controle abstrato, exercido via ação direta, é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando se visa à aferição de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, ou do Tribunal de Justiça em cada Estado, quando o confronto é entre lei ou ato normativo estadual ou municipal e a Constituição Estadual.

No controle abstrato, o direito de propositura, diferentemente do modelo incidental, no qual qualquer interessado pode suscitar a questão de inconstitucionalidade, é limitado aos órgãos constitucionalmente legitimados, conforme veremos adiante.

O controle abstrato da constitucionalidade de uma lei pode, em nosso sistema jurídico, ser realizado via:

- (1) ação direta de inconstitucionalidade genérica - ADIn;
- (2) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADIn POR OMISSÃO;
- (3) ação declaratória de constitucionalidade - ADC;
- (4) arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF.

Outra ação também inserida no controle de constitucionalidade é a chamada representação interventiva, denominada por alguns autores de ação direta de inconstitucionalidade interventiva, já por nós estudada na Aula nº 03.

A partir da próxima aula, estudaremos o controle de constitucionalidade abstrato das leis, suas peculiaridades, órgãos participantes do processo, eficácia da decisão nos diferentes tipos de ação etc., sempre com ênfase na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os exercícios de fixação serão apresentados mais à frente, quando outros aspectos concernentes ao controle abstrato forem tratados.

AULA Nº 22: O PAPEL DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA E DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE ABSTRATO PERANTE O STF

1) PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público da União, órgão encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), possui importante participação no processo de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Essa importância ímpar está prevista no § 1º do art. 103 da CF: "O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal".

Além desse papel, dispõe ele de legitimidade ativa para instaurar o processo de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, inciso VI) e de ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, § 4º).

O Procurador-Geral da República age como fiscal da Constituição, sem outra finalidade senão a de defender o ordenamento constitucional contra as leis com ele incompatíveis. Seu parecer, contudo, tem natureza opinativa e, portanto, não vincula o Supremo Tribunal Federal. É imprescindível sua manifestação, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação direta, encaminhando-a, então, ao Supremo Tribunal Federal.

No processo de ação direta, o Procurador-Geral da República age autonomamente, não lhe sendo exigido que sustente, inequivocamente, a inconstitucionalidade da norma, afigurando-se suficiente que indique ser relevante o fundamento jurídico do requerimento que lhe foi endereçado por um dos órgãos do art. 103 da CF. Assim, não raras vezes, submete o Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade que lhe foram requeridas por terceiros, manifestando-se, no parecer definitivo, pela improcedência da arguição.

A função do Procurador-Geral da República é, portanto, defender a rigorosa observância da Constituição, ainda que, como fiscal da aplicação da lei, tenha que se manifestar pela inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação direta.

Aliás, segundo o Supremo Tribunal Federal, a posição de imparcialidade do Procurador-Geral da República está preservada ainda quando é ele o autor da ação direta (art. 103, VI). Essa posição ficou assente no julgamento da ADIn 97/RO, na qual o Ministro Moreira assinalou:

"E – note-se – essa posição de imparcialidade do fiscal da aplicação da lei, que é o Procurador-Geral da República, está preservada ainda quando é ele o autor da ação direta, certo como é que, mesmo ocupando essa posição nesse processo objetivo, pode ele, afinal, manifestar-se contra a inconstitucionalidade que arguiu na inicial".

É, portanto, peculiar a posição processual do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas: ele detém legitimidade para instaurar o processo de controle (art. 103, VI) e, também, naqueles processos propostos pelos outros órgãos do artigo 103, dispõe ele do direito de manifestação (art. 103, § 1º).

2) ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

O art. 103, § 3º, da Constituição, determina a citação do Advogado-Geral da União no processo de controle abstrato de normas para que defenda a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual o Advogado-Geral da União, nesse processo, não atua na sua função normal, prevista no art. 131 da CF, como representante judicial ou extrajudicial da União. O parágrafo 3º do artigo 103 lhe dá uma competência especial em face dessa geral: a da defesa da constitucionalidade da norma que, em tese, é inquinada de inconstitucional, o que implica dizer que lhe atribui o papel, nesse processo objetivo, de verdadeiro curador da lei atacada.

Assim, a função do Advogado-Geral da União no controle abstrato é a **defesa da presunção de constitucionalidade** da norma em tese, independentemente de sua origem, se federal ou estadual. Diferentemente do Procurador-Geral da República, que exerce o papel de advogado da Constituição,

imparcialmente, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional, seu papel é, sempre, o de defesa das normas, federais ou estaduais, cuja inconstitucionalidade é argüida.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a garantia do contraditório no processo de controle abstrato de constitucionalidade vê-se atendida com a intervenção do Advogado-Geral da União, que, em atuação processual plenamente vinculada, deve assumir, na condição de curador da presunção de constitucionalidade, a defesa irrestrita da validade da norma impugnada, independentemente de sua natureza federal ou estadual. Não lhe é dado, portanto, o direito de se manifestar pela inconstitucionalidade da norma.

E mais: entende o tribunal que, atuando como verdadeiro curador (*defensor legis*) das normas infraconstitucionais, a velar pela preservação de sua presunção de constitucionalidade, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento da função indisponível que lhe foi imposta pela Constituição. Incumbe-lhe sim, promover-lhe a irrestrita defesa, veiculando os argumentos disponíveis.

Essa posição do Supremo Tribunal, reiteradamente criticada pela doutrina, termina por obrigar o Advogado-Geral da União a defender a norma legal ou ato normativo impugnado, federal ou estadual, a todo preço, em qualquer caso e circunstância, mesmo que a inconstitucionalidade salte aos olhos com toda a evidência.

Ademais, apesar de representar judicial ou extrajudicialmente a União, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (CF, art. 131), deverá defender a norma impugnada mesmo quando o autor da ação direta for o Presidente da República (Chefe do Poder Executivo, a quem lhe compete prestar assessoramento jurídico – e, o pior, quem lhe nomeou para o cargo!). Ora, nessa situação, chega-se a um paradoxo: o advogado arrazoando contra seu patrono!!!

Imaginemos a seguinte situação Kafkiana: o Advogado-Geral da União sendo obrigado a defender, em sede de ADIn, uma lei estadual, manifestamente inconstitucional, por ter regulado matéria de competência privativa da União!!! E não é só isso: o autor da ADIn poderá ter sido seu patrono, o Presidente da República, exatamente aquele que o nomeou, em confiança, para ser seu Advogado!!!

Finalmente, entende o Supremo Tribunal Federal que a audiência do Advogado-Geral da União, prevista no citado art. 103, § 3º, da CF, é necessária tão-somente na ação direta de inconstitucionalidade – ADIn – o mesmo não ocorrendo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADIn (pois nesta se pressupõe exatamente a inexistência de norma legal ou ato normativo) e na ação declaratória de constitucionalidade – ADC (pois nesta o pedido é o reconhecimento da constitucionalidade da norma).

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AGU/96) O Advogado-Geral da União não poderá escusar-se a fazer a defesa de ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Supremo Tribunal Federal.
- 2) (ESAF/AGU/98) O Advogado-Geral da União pode deixar de defender a constitucionalidade da lei ou ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, especialmente se entender que se trata de ato normativo incompatível com a Constituição Federal.
- 3) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PCDF/2000) No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ao Procurador-Geral da República incumbe a defesa do texto impugnado, nas ações que versem acerca da inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, perante o Supremo Tribunal Federal.
- 4) Se o Procurador-Geral da República ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) para que o STF declare, em abstrato, a inconstitucionalidade de certa norma, não poderá, posteriormente, opinar pela improcedência da ação, uma vez que tal parecer significaria, na verdade, a desistência da ação, e isso o STF não admite no controle concentrado de constitucionalidade.
- 5) O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade, mas não haverá sua manifestação nas ações declaratórias de constitucionalidade.

GABARITO:

1C 2E 3E 4E 5E

AULA Nº 23: MEDIDA CAUTELAR NO CONTROLE ABSTRATO

Medida cautelar, ou medida liminar, como se sabe, é uma antecipação provisória da tutela jurisdicional.

O pedido é apreciado pelo Poder Judiciário diante da alegação, pelo autor da ação, da presença dos pressupostos *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

O *fumus boni juris* diz respeito ao fundamento do pedido, à demonstração de sua plausibilidade jurídica, à sua razoabilidade. Por outro lado, deve ser evidenciado no pedido formulado que, não sendo concedida a liminar, com a demora do processamento e do julgamento definitivo da ação, há a possibilidade de ocorrerem graves e irremediáveis transtornos, danos e prejuízos de difícil reparação (*periculum in mora*).

Esses pressupostos, cabe ressaltar, são cumulativos: ambos devem ser satisfeitos no pedido.

No âmbito do controle abstrato, dispõe o art. 103, inciso I, alínea p, da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe “processar e julgar, originariamente, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”.

Estabeleceu o constituinte, portanto, a possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado em ADIN, mediante pedido de cautelar, que será apreciado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A Constituição, no entanto, não trouxe disposição expressa em relação à possibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN) por omissão.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN) por omissão, firmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientação no sentido de que é incabível a concessão de medida cautelar, sob o argumento de que “se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar” (ADIN 361-5/DF).

No que concerne à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), o Supremo Tribunal Federal admitiu a concessão de medida cautelar, posição que recentemente veio a ser ratificada pelo legislador, que previu expressamente tal medida, por meio da Lei nº 9.868/99.

A eficácia da medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal dependerá da espécie de ação em que solicitada.

Essa matéria, até recentemente disciplinada exclusivamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi positivada por meio da Lei nº 9.868/99, em relação à ADIN e ADC, e da Lei nº 9.882/99, no que se refere à arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

MEDIDA CAUTELAR EM ADIN

A concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADIN está disciplinada nos artigos 10 a 12 da Lei nº 9.868/99.

A respeito da eficácia da medida concedida, destacamos:

(1) a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 1º).

Nesse processo, a medida cautelar assegura, em caráter temporário, até o julgamento final da ação, a suspensão dos efeitos da norma impugnada. A medida reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, operando, portanto, somente a partir do momento em que o Supremo Tribunal a defere. Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, repercutindo sobre situações pretéritas, desde que o Supremo Tribunal Federal expressamente lhe outorgue esse alcance.

Em suma: a excepcionalidade da eficácia *ex tunc* impõe que o Supremo Tribunal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar; a ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia *ex nunc* à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma impugnada.

(2) a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (Lei 9.868/99, art. 11, § 2º).

A cautelar implica, assim, a restauração provisória da vigência de eventual norma revogada pela lei impugnada.

Esse um ponto que merece acurada análise: a concessão de medida cautelar, suspendendo a eficácia da norma impugnada, torna aplicável (provisoriamente) a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal.

Significa dizer que:

(A) se a norma impugnada, que teve sua eficácia suspensa pela medida cautelar, havia revogado outra norma, esta volta a vigor, a partir da data em que a cautelar for concedida;

(B) no final do processo, decidindo-se que a norma impugnada é constitucional, a medida cautelar, antes concedida, é cassada, considerando-se definitivamente revogada a norma que tinha voltado a vigor;

(C) no final do processo, se julgada inconstitucional a norma impugnada, permanece inalterada a vigência da norma anterior.

Conforme regulado na Lei nº 9.868/98, e considerando os efeitos acima explicitados, a medida cautelar termina por, em regra, conferir efeito repristinatório com relação à norma anterior, que havia sido revogada pela que está sendo objeto da ação direta de inconstitucionalidade.

No entanto, é bom que fique claro: os efeitos acima explicitados constituem a “regra” na concessão de medida cautelar; nada impede que o Supremo Tribunal Federal impeça esse efeito repristinatório da medida cautelar, desde que se manifeste, expressamente, neste sentido.

(3) segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da lei não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo (RTJ 120/64).

MEDIDA CAUTELAR EM ADC

Em face da ausência de previsão constitucional expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia firmado orientação no sentido do cabimento de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade – ADC.

A partir de 1999, a questão foi positivada por meio da Lei nº 9.868/99, nos seguintes termos:

“Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.”

Anote-se que na ADC a eficácia da medida cautelar, obviamente, não implica suspensão da norma objeto da ação, já que nesta ação o pedido é justamente o reconhecimento da constitucionalidade da norma. A medida cautelar consiste numa determinação para que os demais órgãos do Poder Judiciário suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo.

Duas considerações em relação à medida cautelar em ADC:

(A) a medida cautelar em ADC possui efeito vinculante, uma vez que obriga os demais órgãos do Poder Judiciário (a orientação do STF é tranqüila nesse sentido);

(B) ao contrário da medida cautelar concedida em ADIN, a cautelar concedida em ADC possui um prazo limite de cento e oitenta dias para a sua eficácia.

MEDIDA CAUTELAR EM ADPF

A Lei nº 9.882/99, ao instituir a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, nos termos do art. 102, § 1º, da Constituição Federal, dispôs que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF (art. 5º).

Ao disciplinar a eficácia de tal medida na ADPF, dispôs (art. 5º, § 3º):

“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada”.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/PFN/98) A cautelar concedida em ação direta de inconstitucionalidade tem o condão de restaurar provisoriamente a vigência do direito revogado pela norma impugnada.
- 2) (ESAF/AFCE/TCU/99) A liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade pode ter eficácia ex nunc ou ex tunc.
- 3) (ESAF/ANALISTA COM. EXTERIOR/98) A liminar em ação direta de inconstitucionalidade deve ser deferida com eficácia ex tunc.
- 4) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da lei impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo.
- 5) A medida cautela em sede de ação declaratória de constitucionalidade consiste numa determinação para que os demais órgãos do Poder Judiciário suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo.
- 6) (ESAF/AFTN/98) Não cabe liminar em ação declaratória de constitucionalidade.
- 7) A concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade não pode tornar aplicável a legislação anterior, que a lei, objeto da ação direta de inconstitucionalidade, revogara expressamente, porquanto não se admite a repristinação entre nós.
- 8) O autor da ação direta de inconstitucionalidade perante o STF não pode desistir da ação proposta, mas pode desistir de pedido de medida cautelar, por entender que a suspensão da lei não mais interessa ao bem público.

GABARITO:

1C 2C 3E 4E 5C 6E 7E 8E

AULA Nº 24: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN)

A partir desta aula, tentarei sintetizar os principais pontos a respeito das diferentes ações do controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal.

Não só as características de tais ações, mas também os diversos aspectos a elas concernentes serão aqui examinados, tais como objeto idôneo ao controle, tipos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nulidade da lei inconstitucional etc.

Iniciaremos pela mais tradicional e conhecida delas, a tão falada ADIN. A seguir, trataremos da ADIN por omissão, da Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e, finalmente, da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), recentemente instituída por meio da Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

1 – ADIN

1.1 – Breve histórico

A ação direta de inconstitucionalidade, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, foi introduzida no país por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/65. A legitimação para sua propositura foi inicialmente conferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República, e destinava-se à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal. Desde 1946 já tínhamos no Brasil a chamada representação interventiva, mas esta ação, conforme já vimos, possui finalidade distinta, voltada para a aferição da legitimidade da intervenção federal nos Estados-membros.

O objetivo visado pela instituição dessa ação no âmbito do chamado controle abstrato de constitucionalidade foi alcançar maior celeridade na tutela jurisdicional, por meio de maior economia processual, com decisão única do Supremo Tribunal Federal, com vistas a reduzir a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores do Poder Judiciário. A decisão do Supremo Tribunal Federal, dotada de eficácia contra todos (erga omnes), orientaria os demais órgãos do Poder Judiciário na decisão de casos concretos semelhantes.

A Constituição Federal de 1988, conforme veremos adiante, conferiu especial significado ao controle abstrato de normas via ADIN, especialmente no tocante à ampliação dos legitimados para a sua propositura e à previsão da repressão da chamada inconstitucionalidade por omissão.

Com isso, pode-se afirmar que até o advento da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade brasileiro tinha sua base no sistema difuso ou incidental, realizado no curso dos processos judiciais comuns. A partir de então, o novo texto constitucional passou a dar maior importância ao controle abstrato, exercido via ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

1.2 - Objeto da ADIN

A ADIN é a ação típica do controle abstrato brasileiro, tendo como escopo a defesa da ordem jurídica, pela apreciação da constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, com base nas normas e princípios constitucionais vigentes. Vale dizer: na ADIN, a inconstitucionalidade da lei vem a ser declarada em tese, já que seu objeto é justamente o exame da validade da lei em si – e não mais declarada, incidentalmente, em um processo comum.

A função precípua da ADIN é a defesa da ordem constitucional, expelindo do sistema jurídico a lei ou ato inconstitucional. Não se visa mais, como ocorria no controle incidental, a garantia de direitos subjetivos, a liberação de alguém do cumprimento de uma lei inconstitucional. O autor da ADIN não atua na qualidade de alguém que defenda interesse próprio, pessoal, mas, sim, na condição de defensor do interesse coletivo, traduzido na preservação do ordenamento jurídico.

Essa a primeira noção a ser fixada a respeito da ADIN: trata-se de ação inserida no âmbito do chamado controle abstrato de normas, cuja finalidade não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido que esteja sendo lesado; cuida-se de instrumento de defesa da Constituição, da harmonia do sistema jurídico, afastando as leis incompatíveis com a Lei Maior.

1.3 – Atos idôneos ao controle via ADIN

A ADIN é instrumento para a apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor.

Do parágrafo acima, alguns aspectos merecem destaque (oportunamente serão objeto de análise mais acurada):

(a) só podem ser impugnadas em sede de ADIN leis e atos normativos federais ou estaduais, o que afasta desta ação, de pronto, as leis e atos municipais;

(b) as leis ou atos normativos editados em momento anterior ao da vigência da Constituição atual (direito pré-constitucional) não podem ser objeto de ADIN, destinando-se esta ação apenas à aferição de normas pós-constitucionais;

(c) é inadmissível o controle via ADIN de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado, bem assim de lei ou ato normativo em face de norma constitucional já revogada ou modificada;

(d) nem toda lei ou ato federal ou estadual pode ser objeto de ADIN, pois o Supremo Tribunal Federal considera inadmissível a efetivação de controle abstrato dos chamados “atos estatais de efeito concreto”, que têm objeto determinado e destinatários certos, em razão da ausência de densidade normativa no conteúdo de seu preceito, isto é, por não serem dotados de generalidade, por não disciplinarem relações em abstrato.

1.4 – Competência para processar e julgar ADIN

No âmbito federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, a).

1.5 – Legitimação para a propositura de ADIN

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX):

- (1) o Presidente da República;
- (2) a Mesa do Senado Federal;
- (3) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- (4) a Mesa de Assembleia Legislativa;
- (5) o Governador de Estado;
- (6) o Procurador-Geral da República;
- (7) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- (8) partido político com representação no Congresso Nacional; e
- (9) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Embora o legislador constituinte não tenha sido expresso a respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Governador e da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal para a propositura de ADIN. Essa orientação foi ratificada por meio da Lei nº 9.868, de 10/11/99 (art. 2º, IV e V).

Até breve.

AULA Nº 25: RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA EM ADIN

O constituinte de 1988 substituiu o sistema anterior, que confiava o direito de propositura de ação direta apenas ao Procurador-Geral da República, por um sistema de amplíssima legitimação, outorgando o direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, enumerados no art. 103 da Carta Política.

Essa nova realidade propiciou um aumento significativo do número de ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal, o que vem dificultando o trabalho dessa Corte Constitucional que, já sabemos, além de atuar no controle abstrato de normas, funciona como instância de revisão no âmbito do controle incidental de normas, no qual decide, definitivamente, sobre os diversos casos concretos submetidos à sua consideração, por meio da interposição do chamado recurso extraordinário.

A par dessa nova ampla legitimação ativa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou, em relação a certos legitimados, a estabelecer algumas restrições ao direito de propositura, analisadas a seguir.

1 – O direito de propositura do Governador de Estado e das Mesas das Assembléias Legislativas

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exigido que o Governador de um Estado ou do Distrito Federal que impugna lei ou ato normativo de outro Estado demonstre o requisito “pertinência”, isto é, a relação de pertinência da pretendida declaração de inconstitucionalidade. Assim, a ação direta proposta pelo Governador de Estado deve tratar de lei que diga respeito à sua respectiva unidade federada, sob pena de não ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN 902-8/SP). Portanto, sendo a norma pertencente a outra unidade da federação, exige-se que a lei, de algum modo, tenha repercussão no outro Estado, daí nascendo o interesse para o Governador ou a Mesa da Assembléia Legislativa. É comum a ocorrência dessa situação em matéria de ICMS, quando um Estado aprova lei que, indiretamente, prejudique outras unidades federativas.

A mesma restrição é feita nas hipóteses de ADIN ajuizada por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, exigindo o Tribunal a presença de vínculo objetivo de pertinência entre o conteúdo da norma impugnada e os interesses daquelas Casas Legislativas.

2 – O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional

Mais incisivas ainda se afiguram as restrições impostas pela Excelsa Corte às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional. Em relação a essas, além da exigência de que haja uma “relação de pertinência” entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical, outras restrições ao direito de propositura têm sido impostas pelo Supremo Tribunal, devido à interpretação por ele dada ao art. 103, IX, da Constituição.

Dentre as interpretações esposadas pelo Tribunal, em relação à legitimação ativa das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional, destacam-se as seguintes:

- (1) na esfera sindical, apenas as confederações sindicais têm legitimidade, afastando as federações, ainda que de âmbito nacional;
- (2) as confederações devem estar organizadas com um mínimo de três federações;
- (3) quanto ao caráter nacional da entidade, esta deve ter membros em pelo menos nove Estados da Federação;
- (4) entidade de classe é apenas a associação de pessoas que, em essência, representa o interesse comum de uma determinada categoria, com atividades profissionais idênticas, não se enquadrando nesse conceito, segundo o Tribunal:
 - (4.a) as sociedades formadas meramente por pessoas físicas ou jurídicas que firmem sua assinatura em lista de adesão ou qualquer outro documento idôneo;
 - (4.b) as associações de empregados de uma empresa;

- (4.c) as instituições integradas por membros vinculados a estratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes;
- (4.d) as organizações que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações;
- (4.e) as associações que reúnem, como associados, órgãos públicos, sem personalidade jurídica, e de categorias diferenciadas de servidores;
- (4.f) associações civis voltadas à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania;
- (4.g) entidades de composição híbrida, integradas por órgãos de caráter sindical e por associações civis.

3 – Direito de propositura e relação de pertinência: conclusão

Em verdade, embora a Constituição não tenha estabelecido nenhuma distinção no chamado “interesse de agir” entre os legitimados ativos da ADIN (art. 103, I a IX), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal terminou por estabelecer essa distinção, erigindo dois grupos distintos de legitimados:

(1) aqueles que, em virtude de suas atribuições institucionais, têm interesse em preservar a supremacia constitucional e, portanto, não necessitam demonstrar nenhum interesse específico (o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional);

(2) aqueles que, não tendo tal interesse como atribuição institucional, devem indicar a relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade (as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional, as Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e os Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal).

Portanto, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional possuem legitimidade ativa universal, podendo ajuizar ação direta de inconstitucionalidade em face de qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente do requisito da pertinência em relação ao seu conteúdo.

Por outro lado, nas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal há que se observar o requisito pertinência temática.

Essa posição da Excelsa Corte – exigência de demonstração de interesse específico em relação a certos legitimados – tem sido criticada por parte da doutrina, com a alegação de que tal exigência não se coaduna com o espírito do controle abstrato de constitucionalidade, que deve configurar “processo objetivo”, tendo como característica a preocupação exclusiva de defesa do sistema jurídico, sem a exigência de demonstração de um interesse jurídico específico, de um interesse de agir, por parte dos requerentes que suscitam a questão de inconstitucionalidade.

EXERCÍCIOS.

1) (CESPE/AFCE/TCU/95) No sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, há um rol constitucional com vários legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, não se permitindo a todos esses, contudo, o questionamento de qualquer diploma legislativo federal ou estadual.

2) (CESPE/PROCURADOR INSS/99) Nem todos os órgãos e entidades legitimados pela Constituição para provocar o controle concentrado de constitucionalidade por meio de ADIN têm legitimidade para ajuizar essa ação contra lei federal contrária ao texto constitucional em relação a qualquer matéria.

3) (ESAF/AGU/96) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Governador de um Estado não pode impugnar, em ação direta de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo de outro Estado.

4) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Governador de um Estado não pode impugnar, em ação direta de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo de outro Estado.

GABARITO:

1C 2C 3E 4E

AULA 26: EFICÁCIA DA DECISÃO EM ADIN

A declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta tem efeito retroativo (*ex tunc*) e eficácia contra todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato tido por inconstitucional. A decisão faz coisa julgada *erga omnes*, criando condições para o desfazimento, inclusive, dos atos pretéritos praticados com base na lei inconstitucional (*ex tunc*).

Ademais, no controle abstrato de constitucionalidade, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional sai do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo necessidade de comunicação ao Senado Federal para a suspensão de sua execução, nos termos do art. 52, X, da CF, que, vale repisar, somente é aplicável ao controle incidental.

Portanto, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, independentemente de qualquer outro ato, refletindo-se sobre o passado (*ex tunc*), com o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Essa posição – dominante na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – equivale à afirmação de que a lei declarada inconstitucional em ADIn é nula de pleno direito, vale dizer, a declaração de inconstitucionalidade implica o reconhecimento da nulidade da lei no direito brasileiro, desde o seu nascimento, desde a sua origem. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Supremo Tribunal Federal estava, inexoravelmente, retirando a sua eficácia do mundo jurídico *ex tunc*, desde o seu nascimento (nulidade da lei).

Parte significativa da doutrina, no entanto, já reclamava a necessidade de se prever no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, estabelecer limites à eficácia de suas decisões. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia sempre retroativa (*ex tunc*), de leis aplicadas há muitos anos, pode acarretar problemas de difícil solução prática para o país, terminando o Poder Judiciário, diante dessas hipóteses, optando pela não declaração da invalidade da norma, com vistas a evitar situação de grande instabilidade. Em outras palavras: para se evitar consequências demasiado gravosas à estabilidade social (devido à eficácia obrigatoriamente *ex tunc* da decisão proferida), o Poder Judiciário terminava por não reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Defendia-se, assim, a introdução em nosso ordenamento jurídico de norma que facultasse ao Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em ADIn, proferindo decisões com eficácia *ex nunc* ou pro futuro.

A par disso, a Lei nº 9.868, de 1999, cuidou do assunto, nos seguintes termos:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Como se vê, referida lei faculta ao Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, e por maioria qualificada de dois terços (oito Ministros), restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

É bom que fique claro que se trata de situação excepcional, extraordinária, sendo que a regra continua sendo a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, com todas as consequências do alcance retroativo da decisão. O que a Lei 9.868, de 1999, trouxe foi a possibilidade – antes inexistente – de que o Tribunal, diante de circunstância excepcional, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade, ou decida que ela só produza efeito a partir da data de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado.

Portanto, diante de uma determinada ADIn, pode o Supremo Tribunal Federal, desde que atendidos os pressupostos da Lei nº 9.868/99 – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, restringir alguns efeitos da norma inconstitucional, modelando, limitando, enfim, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Poderia, por exemplo, decidir que a declaração de inconstitucionalidade da “Lei B”, impugnada em ADIn, não teria o condão de restaurar a vigência da “Lei A”, que havia sido por aquela (“Lei B”) revogada. Ademais, poderá o Tribunal decidir que a declaração de inconstitucionalidade só produzirá efeito a partir do trânsito em julgado de sua decisão (hipótese em que estaríamos diante da declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*), ou mesmo

somente a partir de outro momento que venha a ser por ele fixado. Neste último caso, como a lei não distinguiu, a doutrina tem entendido que este momento poderá ser fixado no passado (ex tunc, mas com retroatividade limitada, não alcançando até o momento do nascimento da lei) ou no futuro (começando a produzir efeito numa data posterior ao do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, hipótese em que estaríamos diante da chamada declaração de inconstitucionalidade pro futuro).

Exemplificando: digamos que no ano de 2000 seja impugnada, em sede de ADIn, determinada lei instituidora de tributo, que tenha sido publicada em 1995. O Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2000, decidiu pela procedência da ADIn, isto é, pela declaração de inconstitucionalidade da referida lei. Nesse caso, teremos:

(1) como regra geral, se o Supremo Tribunal Federal nada ressalvar a respeito, a declaração de inconstitucionalidade surtirá efeito ex tunc (retroativos), atingindo a lei desde o seu nascimento (1995). Nessa hipótese, a lei seria inválida desde o início de sua vigência, fazendo jus os contribuintes a todo o tributo pago no período;

(2) mas, partindo do pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal entenda presentes as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social exigidos pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, poderá:

(2.1) ressalvar que a declaração de inconstitucionalidade só produzirá efeito daí por diante (ex nunc), a partir do trânsito em julgado da sua decisão. Nessa hipótese, fica resguardada a validade da lei até o momento do trânsito em julgado da decisão, não fazendo jus os contribuintes a qualquer valor do tributo anteriormente pago; a partir do trânsito em julgado da decisão, não se exigirá mais tributo com base na lei;

(2.2) declarar que a declaração de inconstitucionalidade só produzirá efeito a partir de outro momento que venha a ser fixado e, nesse caso, como a lei não restringiu, poderá ser um momento no passado, anterior ao trânsito em julgado de sua decisão (a partir de 1999, por exemplo), ou um momento posterior ao trânsito em julgado de sua decisão (a partir de janeiro de 2001, por exemplo). Nessa hipótese, convalida-se a vigência da lei até o momento fixado para a eficácia da declaração de sua inconstitucionalidade, não podendo os contribuintes efetivar a repetição do indébito relativo ao período anterior.

Esses, a meu ver, os termos do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999 (vamos aguardar as manifestações do STF a respeito).

AULA Nº 27: EFEITO VINCULANTE EM ADIN

Um dos aspectos mais discutidos atualmente no âmbito do controle de constitucionalidade diz respeito à eventual força vinculante das decisões proferidas em ADIN.

O texto da Constituição Federal não outorgou expressamente às decisões proferidas em sede de ADIN - quer pela procedência da ação (e, portanto, pela inconstitucionalidade), quer pela improcedência (e, conseqüentemente, pela constitucionalidade) - o chamado efeito vinculante. Essa eficácia, nos termos expressos da Constituição, é própria das decisões definitivas de mérito proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, por força do disposto no art. 102, § 2º, da Carta Política.

A concessão de efeito vinculante à determinada decisão do Supremo Tribunal Federal significa dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já foi decidido pelo Tribunal. Assim, por exemplo, se os demais órgãos do Poder Judiciário, ao apreciarem os casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão do Supremo Tribunal Federal, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação perante este Tribunal, a fim de que este garanta a autoridade de sua decisão. O efeito vinculante representa, portanto, um *plus* em relação à eficácia *erga omnes* própria das decisões proferidas em ADIN.

De fato, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da sentença que considera a lei inconstitucional em sede de ADIN significa, apenas, que tal decisão tem a qualidade de se estender a todos, de atingir a todos sob o alcance da norma impugnada. Essa eficácia não impede, porém, que as instâncias inferiores do Poder Judiciário continuem a julgar de forma contrária àquela decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema ficou expressa no julgamento da ADC nº 1/DF, no qual o Relator, Ministro Moreira Alves, esclareceu que a eficácia *erga omnes* da decisão em ADIN significa que seus efeitos aproveitam a todos, se fazem sentir em face de todos, e que sua eficácia se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional ou constitucional, "o que implica a possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poder continuar a julgar em contrário, hipótese em que, às partes prejudicadas nos casos concretos, só resta, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dele foi objeto".

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal considerava o efeito vinculante, próprio das decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade (ADC), um *plus*, um acréscimo à eficácia *erga omnes* até então própria das decisões prolatadas em ADIN.

Clareando ainda mais a questão, na mesma ação (ADC nº 1/DF), o Ministro Moreira Alves deixou assente que do efeito vinculante conferido às decisões definitivas de mérito em ADC resultam as seguintes conseqüências, *verbis*:

"a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo - como sucede na Alemanha - os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito) alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas que não foi objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo".

Essas seriam, pois, as diferenças entre a chamada eficácia *erga omnes* (presente nas decisões proferidas em ADIN) e o efeito vinculante (próprio das decisões prolatadas em ADC).

Merece destaque a conseqüência apontada na letra "b", acima, em que o Ministro Moreira Alves trata das chamadas normas paralelas, afirmando que, em sede de ADC, quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade de um ato normativo do Estado "A", o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de igual conteúdo do Estado "B" ou "C".

Pelo que se viu até aqui, pode-se concluir que a orientação do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que:

(1) as decisões definitivas de mérito em sede de ADIN gozavam, apenas, de eficácia *erga omnes* (eram desprovidas de efeito vinculante);

(2) as decisões definitivas de mérito proferidas em ADC, além da eficácia *erga omnes*, eram dotadas do chamado efeito vinculante, por força do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

Entretanto, em que pese o fato de não haver previsão constitucional expressa de efeito vinculante para as decisões em ADIN, o fato é que o legislador ordinário lhe conferiu essa força, a partir de 1999.

Com efeito, a Lei nº 9.868/99, ao disciplinar, no seu "CAPÍTULO IV – DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE", os efeitos da decisão em ADIN e ADC, terminou por estender a força vinculante, até então só conferida pela Constituição Federal às decisões resultantes de ADC, às decisões proferidas em sede de ADIN.

Reza a referida Lei nº 9.868/99:

"A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual ou municipal" (art. 28, parágrafo único).

Feitas essas ponderações, e considerando que até a presente data tal dispositivo da Lei nº 9.868/99 não foi declarado inconstitucional, permanecendo válido, por força do princípio da presunção de constitucionalidade das normas, entendo que o concursando deva ter especial atenção se porventura aparecer algum item abordando o efeito vinculante em ADIN nos próximos concursos. Isso porque, se por um lado não existe previsão constitucional expressa nesse sentido, outorgando efeito vinculante às decisões proferidas em ADIN, por outro, a partir de 1999, em texto expresso de lei (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único), tais decisões gozam de tal força vinculante.

No mais, cabe-nos aguardar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito.

AULA Nº 28: ADIN NOS ESTADOS-MEMBROS

A vigente Constituição introduziu previsão expressa para que o constituinte estadual adote a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), nos seguintes termos:

“Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão” (art. 125, § 2º).

Como se vê, estabeleceu-se a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade na esfera estadual, por meio da instituição da ADIN, a cargo do Tribunal de Justiça, para a aferição do Direito estadual e municipal em face da respectiva Constituição Estadual.

A respeito desse dispositivo, alguns aspectos merecem destaque.

1) Necessidade de legislação estadual

O constituinte federal não criou propriamente o controle abstrato na esfera estadual - trouxe apenas a autorização para que os Estados-membros o instituam. Sua efetiva criação depende, pois, de expressa previsão da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) na Constituição Estadual.

2) Competência para julgamento

A ADIN estadual, destinada a aferir a legitimidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, será proposta perante o Tribunal de Justiça.

3) Legitimação ativa

A Constituição Federal não enumerou os órgãos e entidades que estariam legitimados a propor, no âmbito estadual, a ação direta de inconstitucionalidade, deixando ao legislador estadual essa tarefa. No entanto, vedou expressamente a possibilidade de o legislador estadual, ao regular a matéria, atribuir o direito de propositura da ADIN a um único órgão, ao dispor "vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão" (CF, art. 125, § 2º).

4) Parâmetro de controle

Importante ressaltar a inequívoca diferenciação entre os parâmetros de controle do controle abstrato exercido pelo Supremo Tribunal Federal e daquele exercido pelo Tribunal de Justiça: o Supremo Tribunal Federal aprecia a arguição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal; o Tribunal de Justiça procede à aferição de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais tendo em vista a Constituição Estadual.

5) Normas Municipais e Estaduais

Perante o Tribunal de Justiça as normas municipais também estão sujeitas ao controle por meio de ação direta de inconstitucionalidade - ADIN, o que não ocorre perante o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, é visível que as normas estaduais estão suscetíveis a um duplo mecanismo de controle via ação direta: um em face da Constituição Estadual, ante o Tribunal de Justiça; outro, perante o Supremo Tribunal Federal, com base na Constituição Federal.

6) Possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário contra decisão proferida em ADIN estadual

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de ajuizamento de ADIN perante o Tribunal de Justiça com a alegação de ofensa à norma constitucional estadual que reproduz dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados, contra a decisão daquele Tribunal há a possibilidade de interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (ADIN 1.268-2/MG).

Assim, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar normas da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, dispositivos da Constituição Estadual, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal, teremos a competência para o julgamento do Tribunal de Justiça, cabendo, em tese, recurso extraordinário da decisão que vier a ser proferida sobre a questão.

7) Eficácia do recurso extraordinário interposto contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça em ADIN

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão tomada em recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça em ADIN de lei municipal frente à Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º) tem eficácia erga omnes, por se tratar de controle abstrato, ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional (RE 187.142/RJ).

8) *Possibilidade de duplo controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais*

Com a autorização expressa do art. 125, § 2º, da Constituição, criou-se a possibilidade de um duplo mecanismo de defesa direta contra a inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais, tornando possível submeter a mesma lei, a um só tempo, ao controle abstrato do Tribunal de Justiça (em face da Constituição Estadual) e do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal).

Ainda nos termos da jurisprudência desse Tribunal, no caso de eventual trâmite simultâneo de duas ações diretas, uma perante o Tribunal de Justiça local e outra em curso no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta ante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação ajuizada perante a Suprema Corte (ADIN 1423/SP).

9) **ADIN no Distrito Federal para a aferição do Direito distrital em face de sua Lei Orgânica**

A União possui competência para a instituição da ADIN de leis ou atos normativos do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica, cujo julgamento compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. A competência da União para dispor sobre a organização judiciária do Distrito Federal tem assento constitucional, conforme preceituam os artigos 22, XVII, e 48, IX, da Carta.

Portanto, vale frisar, as leis e atos normativos distritais podem ter sua legitimidade aferida em face da Lei Orgânica do Distrito Federal, em sede de ADIN, a ser proposta perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. A diferença em relação aos Estados-membros está na instituição dessa ADIN, cuja competência não será do Distrito Federal (Câmara Legislativa), mas sim da União, por força do art. 22, XVII, da Constituição Federal.

10) **Instituição de ADIN por omissão e ADC nos Estados-membros**

Embora a Constituição Federal não tenha consignado autorização expressa a respeito, a orientação dominante é no sentido de se admitir a instituição, no âmbito estadual, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADIN por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade - ADC.

11) **ADIN interventiva no âmbito estadual**

A Constituição Federal prevê, também, a instituição pelos Estados-membros da chamada representação interventiva, também chamada de ADIN interventiva, pois se destina à aferição da legitimidade da intervenção do Estado nos seus Municípios.

Reza o art. 35, IV, da Constituição Federal que os Estados-membros poderão intervir nos seus Municípios caso o Tribunal de Justiça dê provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial. O direito de propositura foi outorgado ao Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público estadual (CF, 129, IV).

Observa-se, assim, que a ADIN interventiva, para fins de intervenção de Estado-membro em Município, será formulada pelo Procurador-Geral de Justiça (Chefe do Ministério Público Estadual) perante o Tribunal de Justiça.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AGU/98) A Câmara do Distrito Federal pode dispor sobre a organização do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cabendo-lhe, se for o caso, definir a estrutura do controle direto de inconstitucionalidade no âmbito daquela Corte.
- 2) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) A Constituição autoriza expressamente que o constituinte estadual institua, no seu âmbito, a ação direta por omissão.
- 3) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) A Constituição autoriza expressamente a instituição de ação declaratória de constitucionalidade no âmbito do Estado-membro.
- 4) (ESAF/PFN/98) A Constituição Federal veda, expressamente, a instituição, pelo Estado-membro, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade.
- 5) (ESAF/ANALISTA COM. EXTERIOR/98) Os Estados-membros podem adotar controle abstrato de normas do direito estadual ou municipal em face da Constituição estadual ou da Constituição Federal.
- 6) (ESAF/AFCE/TCU/99) Contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, em processo de controle abstrato de normas do direito estadual, não cabe recurso extraordinário.
- 7) (ESAF/AGU/99) É cabível a propositura de recurso extraordinário contra decisão de Tribunal de Justiça estadual proferida em ação direta de inconstitucionalidade, desde que a norma estadual eleita como parâmetro de controle seja de reprodução obrigatória por parte do constituinte estadual.
- 8) (CESPE/AFCE/TCU/99) A Constituição estadual pode estabelecer que a representação interventiva, no plano estadual, deverá ser proposta pelo Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado.
- 9) (ESAF/ASSISTENTE JURÍDICO/AGU/99) A Constituição estadual pode atribuir ao Chefe da Advocacia do Estado a competência para propor a representação interventiva contra os municípios.
- 10) (ESAF/AUDITOR FORTALEZA/CE/98) Cabe ao órgão responsável pela advocacia do Estado-membro a propositura de representação interventiva contra Município.
- 11) (ESAF/TTN/98) Compete ao Advogado-Geral do Estado a formulação de representação interventiva contra o Município.
- 12) (ESAF/AFTN/96) Cabe à Advocacia-Geral do Estado formular a representação perante o Tribunal de Justiça para assegurar a observância pelos Municípios de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9E 10E 11E 12E

AULA 29: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADECON)

1 – Noções

A ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) foi introduzida no nosso sistema de controle de constitucionalidade abstrato pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993. Instituiu-se, assim, novo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, sendo uma ação que visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional.

Nessa ação, o autor apenas comparece perante o Supremo Tribunal Federal para pedir que este declare a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. O seu objetivo é, portanto, manifesto: abreviar o tempo, que em muitos casos pode ser longo, até chegar-se a uma pronúncia do Supremo Tribunal sobre a constitucionalidade de determinado ato, consubstanciando um verdadeiro atalho para se obter a pronúncia daquela Corte sobre a constitucionalidade de determinada norma, encerrando a controvérsia sobre a sua legitimidade.

Essa a primeira noção a ser fixada sobre a ADECON: uma ação que tem como objetivo principal transferir ao Supremo Tribunal Federal a apreciação sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo objeto de grande controvérsia entre os juízes e tribunais inferiores, uma vez que decidida a questão por aquela Corte, conforme veremos adiante, o Poder Judiciário e o Poder Executivo ficam vinculados à decisão proferida.

O processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade – ADECON perante o Supremo Tribunal Federal estão regulados pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

2 – Constitucionalidade da Instituição da ADECON

A instituição da ADECON, por meio da EC nº 3, de 1993, deu origem a grande polêmica acerca de sua legitimidade constitucional, visto que parcela de nossos constitucionalistas identificaram uma série de vícios jurídicos que, em tese, comprometeriam sua validade. Afirmavam alguns autores que tal ação implicava afronta, entre outros, aos seguintes princípios: devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao julgar a ADECON 1-1/DF, pôs termo à controvérsia, firmando entendimento no sentido de ser a ADECON constitucional.

3 – Competência para o julgamento

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON).

4 – Atos idôneos ao controle via ADECON

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade está limitado às leis ou atos normativos federais, não tendo ela por objeto a verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual nem municipal.

Estabeleceu o constituinte, assim, uma diferenciação entre o controle abstrato de constitucionalidade exercido via ação direta de inconstitucionalidade - ADIN, que abrange a aferição de leis e atos normativos federais e **estaduais**, e o que se realiza mediante ação declaratória de constitucionalidade - ADECON, tendo como objeto tão-só leis ou atos normativos **federais**.

5 – Legitimação para a propositura de ADECON

A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República (CF, art. 103, § 4º).

Anote-se que o rol dos legitimados para a instauração do processo de ação declaratória de constitucionalidade - ADECON (art. 103, § 4º) é mais reduzido do que na ação direta de inconstitucionalidade - ADIN (art. 103, I a IX).

6 – Pressuposto para o ajuizamento de ADECON: a existência de relevante controvérsia

Constitui pressuposto para o ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade a existência de controvérsia judicial que ponha em risco a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Esse pressuposto, anteriormente fixado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi positivado por meio da Lei nº 9.868, de 1999, que, no seu art. 14, inciso III, estabelece que “a

petição inicial indicará a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

A controvérsia deverá ser demonstrada na petição inicial, pela indicação da existência de inúmeras ações em andamento em juízos ou tribunais inferiores em que a constitucionalidade da lei esteja sendo impugnada, e deverão ser levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal os argumentos pró e contra a constitucionalidade da norma, possibilitando que esse Tribunal uniformize o entendimento sobre a sua legitimidade.

7 – Efeitos da decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade

A referida EC n. 3, de 1993, ao instituir a ADECON, estabeleceu que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (CF, art. 102, § 2º).

Portanto, as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Significa dizer que essas decisões, tanto no sentido da procedência como da improcedência da ação, terão, além da eficácia *erga omnes*, força vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A previsão de efeito vinculante à decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade implica dizer que todos os órgãos judiciais e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de afronta à autoridade do julgado dessa Corte.

8 – Processo de ADECON e manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

O Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade de citação do Advogado-Geral da União - prevista no art. 103, § 3º, da CF - no processo de ação declaratória de constitucionalidade - ADECON, no entendimento de que nessa ação, que visa precisamente à preservação da presunção de constitucionalidade do ato que é seu objeto, não há razão para que aquele órgão atue como curador dessa mesma presunção.

A manifestação do Procurador-Geral da República, no entanto, é obrigatória, por força do art. 103, § 1º, da CF.

9 – ADECON e medida cautelar

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já admitia a concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade - ADECON, provimento que assegurará, temporariamente, até a futura decisão de mérito, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios dessa ação.

Em texto legal, a matéria foi tratada pela Lei nº 9.868, de 1999, nos seguintes termos:

“Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia”.

Aspecto que merece destaque é o fato de que a Lei nº 9.868/99 veio estabelecer um prazo limite de **cento e oitenta dias** para a eficácia da medida cautelar concedida em ADECON, restando que, vencido esse prazo sem a manifestação de mérito do Supremo Tribunal Federal, haverá perda de eficácia da medida concedida.

Essa regra, que estabelece o prazo limite de eficácia da cautelar concedida em ADECON, não foi estendida à cautelar concedida em ADIN, que continua tendo eficácia por prazo indeterminado, até a apreciação de mérito pelo Tribunal.

10 - Impossibilidade de ação rescisória e assistência em sede de ADECON

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, qualquer que seja o resultado do julgado – procedência ou improcedência –, a possibilidade de ação rescisória. Igualmente, consolidou-se o entendimento de que é inadmissível, nesse processo, o instituto da assistência (intervenção assistencial de terceiros).

Essa orientação do Supremo Tribunal Federal foi ratificada pela Lei nº 9.868, de 1999, que trouxe vedação expressa à possibilidade de rescisória e de intervenção de terceiros em ADECON (arts. 18 e 26).

11 – Impossibilidade de desistência de ADECON proposta

Uma vez proposta a ADECON, não se admitirá desistência da ação, tampouco do pedido de medida cautelar (Lei nº 9.868, de 1999, art. 16).

12 – Caráter dúplice ou ambivalente da ADECON

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação declaratória de constitucionalidade é dotada de um caráter dúplice ou ambivalente, isto é, constitui ação de pronúncia tanto da constitucionalidade quanto da inconstitucionalidade do ato impugnado.

Assim, se o Supremo Tribunal Federal concluir que a lei ou ato normativo federal é constitucional, julgando procedente a ação, a sentença produzirá eficácia erga omnes e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Da mesma forma, se considerar improcedente a ação, declarará a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com os mesmos efeitos.

A Lei nº 9.868, de 1999, ratificou essa orientação do Supremo Tribunal Federal (art. 24).

12 – Análise conjunta das possibilidades de pronúncia na ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e na ação declaratória de constitucionalidade (ADECON)

Pode-se concluir, pois, que a decisão acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal pode advir, no sistema abstrato, tanto de um processo de ADIN, quanto de ADECON. A inconstitucionalidade pode resultar da declaração de procedência de uma ADIN, ou da improcedência de uma ADECON; já a constitucionalidade poderá resultar da procedência de uma ADECON, ou da improcedência de uma ADIN.

Em suma: se proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ADIN ou procedente eventual ADECON; proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ADIN ou improcedente eventual ADECON.

Poderá ocorrer, ainda, a hipótese de o Supremo Tribunal Federal julgar a ação parcialmente procedente, significando que parte da norma impugnada será tida por constitucional e parte por inconstitucional.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AGU/98) A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, no que se refere ao direito federal, são instrumentos de caráter dúplice ou ambivalente.
- 2) (ESAF/AGU/99) Segundo entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal, não cabe liminar em ação declaratória de constitucionalidade.
- 3) A decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal julgando improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade equivale a declarar constitucional o ato impugnado.
- 4) (ESAF/AFRF/2001) Um agente público do Poder Executivo se dirige a certa empresa para multá-la pelo descumprimento de uma dada lei federal. Na firma, porém, recebe prova do gerente do estabelecimento de que, nas vésperas, transitou em julgado decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, dando por improcedente ação declaratória de constitucionalidade, que tinha por objeto a mesma lei que o agente pretende executar. Nessa situação, deve o agente abster-se de aplicar a multa, uma vez que a decisão do STF tem eficácia vinculante para o Poder Executivo.

GABARITO:

1C 2E 3C 4C

AULA Nº 30: ADIN POR OMISSÃO

1 – Noções

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, novidade introduzida no direito brasileiro pela vigente Constituição, constitui modalidade abstrata de controle da omissão, destinada a tornar efetiva norma constitucional que dependa de complementação ordinária.

Com isso, a partir de 1988, passou a reconhecer o texto constitucional que o desrespeito à Constituição pode advir não só de uma ação, de um ato positivo, quando os órgãos constituídos atuam em desconformidade com as normas e princípios daquela, mas também da omissão ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes, não cumprindo com o seu dever de elaborar as leis ou os atos administrativos indispensáveis à eficácia e aplicabilidade da Lei Maior.

Portanto, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se naqueles casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, já que muitas destas requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. Nessas hipóteses, se tais direitos não se realizarem, por omissão do legislador ou do administrador em produzir a regulamentação necessária à plena aplicação da norma constitucional, tal omissão poderá caracterizar-se como inconstitucional.

De fato, nem sempre o órgão constitucionalmente designado como competente para agir e efetivar a Constituição cumpre com o seu poder-dever, vindo-se então surgir o que se denomina de inércia ou omissão inconstitucionais, forma negativa de violação da Carta, a ser combatida via ação direta por omissão – ADIN por omissão.

2 – Objeto da ADIN por omissão

A ADIN por omissão tem como objeto a chamada omissão inconstitucional, que ocorre quando uma norma constitucional deixa de ser efetivamente aplicada pela falta de atuação dos órgãos dos poderes constituídos. Vale dizer, quando a Lei Maior deixa de ser observada, tornando-se letra morta, pela omissão ou não-atuação do poder constituído competente.

Observa-se, assim, que as hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de toda e qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas sim daquelas omissões relacionadas com as normas constitucionais de eficácia limitada, em que a sua efetiva aplicabilidade está condicionada à ulterior edição dos atos requeridos pela Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão refere-se ao ato em tese, sem necessidade de estar relacionada com um caso concreto; o que se visa é ao restabelecimento da harmonia do sistema, com respeito à Constituição, que está sendo violada pela não atuação dos poderes constituídos competentes.

3 – Competência para o julgamento

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Embora não haja previsão constitucional expressa a respeito, a orientação dominante é no sentido de que os Estados-membros também podem instituir a ADIN por omissão, caso em que a sua apreciação será de competência do Tribunal de Justiça.

4 – Legitimação para a propositura da ADIN por omissão

Podem propor a ADIN por omissão os mesmos legitimados para o ingresso com ADIN genérica, relacionados no art. 103, incisos I a IX.

5 – Efeitos da decisão proferida em ADIN por omissão

As decisões proferidas no processo de ação direta por omissão declaram a mora do órgão legislativo ou administrativo em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida.

Em verdade, a Constituição vigente foi tímida ao estabelecer as consequências da pronúncia de inconstitucionalidade por omissão, dispondo apenas que "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias" (art. 103, § 2º).

O texto constitucional não deixa dúvidas de que o Poder Judiciário deve limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que os órgãos competentes, legislativos ou administrativos, empreendam as providências requeridas. Confere-se, assim, à decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão caráter mandamental, isto é, destinada a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado. Essa natureza mandamental, por sua vez, é mais acentuada em relação a órgão administrativo, para o qual deverá ser fixado o prazo de trinta dias para as suas providências.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não atuará como legislador positivo, substituindo a atuação do poder competente para a realização do ato, já que não compete a ele adotar as medidas que reputa necessárias, nem mesmo quando, dada a ciência para a adoção das medidas necessárias, o órgão competente não as elaborar.

Ainda quando se trata de órgão administrativo, nossa Constituição não admite que as medidas sejam tomadas pelo Judiciário, estabelecendo que, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal deverá dar ciência da omissão e estabelecer o prazo de trinta dias para a realização do ato.

O texto constitucional não estabelece, tampouco, uma sanção para os casos de descumprimento por parte do órgão competente da indicação para agir, formulada pelo Supremo Tribunal Federal. Feita a comunicação pelo Supremo Tribunal Federal e persistindo a inércia do órgão competente para efetivar a providência requerida, não há, no texto da Carta, disposição expressa indicando a providência a ser adotada.

6 – ADIN por omissão e medida cautelar

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "não se revela compatível a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visto que, se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar".

7 – ADIN por omissão e manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

O Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade de citação do Advogado-Geral da União no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no entendimento de que não há norma legal impugnada a ser defendida.

A manifestação do Procurador-Geral da República, no entanto, é obrigatória, por força do art. 103, § 1º, da CF.

8 - Aplicação das regras referentes à ADIN genérica

Ressalvadas as considerações até aqui expendidas, na ADIN por omissão aplica-se em tudo a disciplina sobre a ADIN genérica, inclusive quanto ao procedimento a ser seguido pela ação no Supremo Tribunal Federal.

9 - Distinção entre a ADIN por omissão (CF, art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI)

É notória a semelhança entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Ambos têm por finalidade tornar efetiva norma constitucional que estaria sendo violada devido à inércia dos poderes constituídos. As decisões proferidas nos dois processos têm caráter mandamental, de consequências jurídicas semelhantes, visto que destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado. Os provimentos judiciais nas duas ações reconhecem

idêntica situação: a omissão inconstitucional do órgão, legislativo ou administrativo, em cumprir dever de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida.

Todavia, em que pese o fato de o constituinte ter conferido aos dois institutos significado processual equivalente, há notórias dessemelhanças entre tais ações, destacando-se as seguintes:

(1) o mandado de injunção destina-se à proteção de direitos subjetivos, em um caso concreto, pressupondo a configuração de um interesse jurídico específico; a ADIN por omissão configura controle abstrato de constitucionalidade e, sendo processo objetivo, pode ser instaurada independentemente de estar relacionada com um caso concreto;

(2) a legitimação para a propositura do mandado de injunção é conferida ao titular do direito que não pode ser exercido por falta da norma regulamentadora; na ADIN por omissão o direito de propositura está limitado às pessoas e órgãos especialmente designados pelo 103, I a IX, da CF;

(3) o julgamento da ADIN por omissão é da competência privativa do Supremo Tribunal Federal, o mesmo não acontecendo com a apreciação dos mandados de injunção, que também foi outorgada a outros tribunais (arts. 102, II, a e 105, I, h).

EXERCÍCIOS.

1) (ESAF/AGU/99) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão permite que o Supremo Tribunal Federal expeça, provisoriamente, a norma que o legislador deixou de editar.

2) (ESAF/AFTN/98) A decisão proferida em ação direta por omissão permite que o Supremo Tribunal Federal assum a posição de autêntico legislador positivo.

GABARITO:

1E 2E

AULA Nº 31: DECISÕES DO STF NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1) NULIDADE DA LEI

De regra, a norma jurídica inconstitucional é tida pela jurisprudência do STF, independentemente de qualquer outro ato, nula. Significa dizer que com a declaração de inconstitucionalidade a norma é retirada do ordenamento jurídico com eficácia retroativa, desde o seu nascimento. Igualmente, são considerados eivados de vício todos os atos com base nela praticada.

Em regra, portanto, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal equivale à declaração de nulidade da norma (efeitos *ex tunc*).

Essa questão, até a edição da Lei nº 9.868/99, era incontestável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estando assente em vários julgados, sob o fundamento de que “o reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição” (RP 980, Rel. Ministro Moreira Alves).

A Lei nº 9.868/99, no entanto, alterou essa situação, criando a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, diante de situações excepcionais, declare a inconstitucionalidade com eficácia “*ex nunc*” ou “*pro futuro*”.

De fato, dispõe o art. 27 da referida Lei:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Da leitura do dispositivo acima, percebe-se facilmente que foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal competência para, diante dos pressupostos ali mencionados - insegurança jurídica ou excepcional interesse social -, restringir a eficácia de sua declaração de inconstitucionalidade, dar-lhe eficácia *ex nunc* ou até mesmo fixar prazo diverso para a sua produção de seus efeitos.

É bom que fique claro, porém, que a declaração de inconstitucionalidade em ADIN, como regra geral, continua a ter eficácia retroativa (teoria da nulidade - *ex tunc*). O que a Lei nº 9.868/99 trouxe foi a possibilidade excepcional de que o Supremo Tribunal Federal, diante de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, possa, por maioria de dois terços de seus membros, restrinja a eficácia de sua decisão, reconhecendo, por certo tempo, a validade da lei tida por inconstitucional (teoria da anulabilidade da lei - *ex nunc*).

Para tentar clarear um pouco, analisemos uma hipótese.

Digamos que, numa determinada ADIN, o Supremo Tribunal Federal declare, em dezembro de 2000, a inconstitucionalidade de uma lei que foi publicada e teve vigência a partir de janeiro de 2000.

Caso o Tribunal não se pronuncie acerca da eficácia de sua decisão, prevalecerá a regra geral, que é a nulidade da lei, retroativamente a janeiro de 2000 (*ex tunc*). Nessa hipótese, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, será necessário apenas quorum de maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Nada impede, porém, que, desde que presente uma situação de insegurança jurídica ou de relevante interesse social (pressupostos que, por óbvio, serão apreciados pelo próprio STF), o Tribunal declare que a decisão pela inconstitucionalidade da norma só surtirá efeitos daí por diante (a partir da data da prolação da decisão - *ex nunc*).

E mais: poderá, ainda, o Supremo Tribunal Federal fixar outro momento para o início da produção dos efeitos de sua decisão, momento esse que, como a Lei nº 9.868/99 não restringiu, poderá ser anterior à pronúncia de inconstitucionalidade (qualquer data entre a publicação e a declaração de inconstitucionalidade pelo STF; no exemplo, entre janeiro e dezembro de 2000) ou posterior à pronúncia de inconstitucionalidade (a chamada inconstitucionalidade “*pro futuro*”; no exemplo, outra data a partir de dezembro de 2000).

Cabe ressaltar que as bancas examinadoras de concursos públicos já começaram a cobrar o conhecimento das inovações trazidas pela Lei nº 9.868/99. Esse ponto foi exigido, por exemplo, pelo CESPE/UNB, na recente prova de PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL/2000, nos seguintes termos:

“No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, mesmo julgando que uma norma infraconstitucional é inconstitucional, pode, em certos casos, preservar alguns efeitos dela, dando caráter não-retroativo, ou seja, ex nunc, à sua decisão”.

A assertiva, conforme comentado acima, está correta.

2) DIFERENTES TIPOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode ser efetivada por meio de diferentes pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. A depender do vício de inconstitucionalidade constatado, toda a lei poderá ser tida por inconstitucional, ou apenas parte de seus dispositivos. Há, ainda, hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade (nulidade) poderá ocorrer sem redução de texto da norma impugnada, conforme veremos a seguir.

O Professor Gilmar Ferreira Mendes, em brilhante análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, conclui que no direito brasileiro a inconstitucionalidade de uma lei pode levar às seguintes variantes de declaração de nulidade (in *Jurisdição Constitucional*, 1ª Edição, p. 263-7):

(2.1) declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa;

(2.2) declaração de nulidade total;

(2.3) declaração de nulidade parcial;

(2.4) declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

(2.5) interpretação conforme a Constituição.

Passaremos, a seguir, a tecer uma breve consideração a respeito de cada uma dessas espécies de pronunciamento.

2.1) Declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa

A declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa ocorre diante da constatação de defeitos formais, tais como a inobservância das disposições atinentes à iniciativa da lei ou à competência legislativa, uma vez que, nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas.

Ocorre o mesmo, também, quando há inobservância de outras normas fixadas na Constituição sobre o procedimento legislativo, tornando inevitável a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei.

Exemplo: Se a Constituição exige que determinada matéria seja veiculada por meio de lei complementar, e o Poder Legislativo a regula por meio de lei ordinária; Se determinada matéria é de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º), e essa competência vem a ser usurpada por algum congressista, que apresenta projeto de lei; Se o rito do processo legislativo de elaboração de uma lei é desobedecido etc.

Em todas essas hipóteses, note-se, não há outra alternativa ao Supremo Tribunal Federal senão a declaração de inconstitucionalidade de toda a norma.

2.2) Declaração de nulidade total

Além da necessidade de manutenção da “unidade técnico-legislativa”, comentada no subitem precedente, há outras hipóteses que também reclamam a declaração da inconstitucionalidade de toda a norma.

É o que ocorre, p. ex., quando há uma relação de dependência ou interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais de uma lei. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, ou se há uma forte integração entre as partes constitucionais e inconstitucionais da norma, o Supremo Tribunal Federal pronunciará a inconstitucionalidade de toda a lei.

2.3) Declaração de nulidade parcial

A declaração de nulidade parcial resulta da aplicação da teoria da divisibilidade da lei, de modo que o Supremo Tribunal Federal somente profere a inconstitucionalidade daqueles dispositivos viciados, não estendendo a declaração de invalidade às outras partes da lei, desde que estas possam subsistir de forma autônoma.

Sem dúvida, a maioria das decisões do Supremo Tribunal Federal proclama a inconstitucionalidade parcial de uma norma, fulminando apenas com aqueles seus dispositivos viciados.

Há, entretanto, limites para essa atuação do Tribunal, uma vez que de sua decisão não poderá resultar uma “nova norma”, diferente daquela inicialmente almejada pelo legislador. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a existência desses limites em seus julgados, deixando assente que “se a declaração parcial de nulidade tiver como consequência a criação de uma nova lei, eu não corresponda às concepções que inspiraram o legislador, afigura-se inevitável a declaração de inconstitucionalidade de toda a lei” (RP 1.379, Rel. Ministro Moreira Alves).

Trataremos, a seguir, de duas técnicas muito utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade, sobretudo no modelo concentrado – a “declaração parcial de nulidade sem redução de texto” e a “interpretação conforme a Constituição”.

O uso dessas técnicas, atualmente reconhecidas pelo legislador como pronúncias autônomas de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único), impõe-se naquelas situações em que, dada a especificidade da norma impugnada, não se revelam razoáveis as tradicionais técnicas de declaração de inconstitucionalidade – nulidade total, nulidade parcial etc.

A positivação dessas técnicas como modalidades autônomas de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal deu-se com a publicação da Lei nº 9.868, de 1999, que dispôs:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual ou municipal” (art. 28, parágrafo único).

Tentarei oferecer uma singela noção de como tais técnicas são adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.4) Declaração Parcial de Nulidade sem Redução de Texto

A declaração parcial de nulidade sem redução de texto tem sido expressamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente nos casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas, ou de desrespeito aos princípios da anterioridade e da irretroatividade.

Nesses casos, nem a lei, nem parte dela, são retiradas do mundo jurídico (não ocorre nenhuma redução do texto da lei); a decisão não leva à cassação da lei, nem à suspensão de eficácia de qualquer expressão literal de seu texto. Apenas a sua aplicação – em relação a determinadas pessoas, ou a certos períodos – é tida por inconstitucional; em relação a outros grupos de pessoas, ou a períodos diversos, ela continuará plenamente válida, aplicável.

Em verdade, nessas situações, a norma impugnada continua vigendo, com o seu texto originário, sem nenhuma modificação literal. O texto permanece o mesmo, mas a sua aplicação é restringida, limitada, não se permitindo que ela alcance situações em que, caso houvesse sua incidência, haveria inconstitucionalidade. Evita-se, com essa técnica, que seja declarada a inconstitucionalidade (nulidade) de toda a lei, sob todos os aspectos da mesma, uma vez que apenas uma de suas variantes, uma ou algumas de suas possíveis aplicações, é que são inconstitucionais.

Tentarei clarear um pouco, apresentando uma situação prática.

Digamos que em julho de determinado ano seja publicada lei majorando determinado tributo sujeito ao princípio da anterioridade tributária, segundo o qual “é vedado cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” (CF, art. 150, II, b).

Suponhamos, também, que referida lei traga disposição no sentido de sua imediata aplicação (“Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”) e que o Fisco esteja exigindo, com base nesse dispositivo, o pagamento do tributo já no exercício em que publicada a lei.

Evidentemente, há uma atuação inconstitucional do fisco, já que referida lei desrespeitou o princípio da anterioridade (a majoração do tributo somente seria exigível a partir do primeiro dia do exercício seguinte).

Nessa situação, digamos que referida lei tenha sido impugnada perante o Supremo Tribunal Federal, pleiteando o autor a declaração de sua inconstitucionalidade.

Acontece que se o Supremo Tribunal Federal declarar referida lei inconstitucional, em todos os seus aspectos, retirando-a do mundo jurídico, estará ele impedindo a exigência do tributo também a partir do exercício seguinte, uma vez que a lei não mais existirá. Agindo assim, estaria o STF prejudicando a incidência legítima da lei no próximo exercício financeiro.

Ora, a inconstitucionalidade nessa hipótese está apenas na exigência do tributo no mesmo exercício financeiro em que publicada a lei, isto é, no desrespeito ao princípio da anterioridade; a partir do primeiro dia do exercício seguinte a exigência é legítima, constitucional.

Estaria então o Supremo Tribunal Federal diante de um típico caso de aplicação da técnica “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, em que o Tribunal declara a inconstitucionalidade apenas da exigência do tributo no mesmo exercício em que publicada a lei, permanecendo o seu texto intacto, sem nenhuma modificação, para fazer incidir a exação tributária a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

2.5) INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

É sabido que a Constituição, Lei maior do Estado, encontra-se numa posição de superioridade em relação às demais normas jurídicas, razão pela qual todas estas devem com aquela se compatibilizar, devem nela buscar seu fundamento de validade, sob pena de nulidade. Consubstancia-se, assim, o chamado princípio da supremacia da Constituição.

Sabe-se, também, que uma norma jurídica é, em última análise, resultado de sua interpretação. Enfim, norma jurídica é “norma jurídica interpretada”. Por fim, é notório que a regra, entre nós, é presunção de constitucionalidade das leis, sendo a declaração de inconstitucionalidade medida excepcional.

Partindo dessas realidades – supremacia da Constituição, necessidade de interpretação das normas jurídicas e presunção de constitucionalidade -, pode-se afirmar que a interpretação funciona como parte integrante, como pressuposto, para a aferição se determinada norma jurídica está ou não em conformidade com a Constituição. Em verdade, a aferição se determinada norma jurídica é compatível ou não com a Constituição passa, necessariamente, pela técnica da interpretação.

Acontece que pode ocorrer de existirem interpretações distintas para a mesma norma, havendo conflito entre os intérpretes (doutrinadores, juizes, aplicadores da lei etc.). Nesse momento é que ganha relevo a chamada “interpretação conforme a Constituição”, significando que se deve optar pela interpretação da norma que melhor se concilie com a Lei maior, eliminando todas as demais.

Na aplicação da interpretação conforme a Constituição, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, eliminando, por serem incompatíveis com a Carta, algumas possibilidades de interpretação. Aqui também não há redução de expressão literal de texto da norma impugnada; veda-se apenas a sua aplicação inconstitucional, por meio da eliminação de alternativas interpretativas que conflitam com o texto constitucional.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal limita-se a declarar constitucional uma lei, desde que dada a ela determinada interpretação (consentânea com a Constituição), eliminando-se as outras interpretações admissíveis, mas inconciliáveis com o texto constitucional. Em outras palavras: salva-se a lei, mas a sua eficácia fica restrita aos casos congruentes com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em regra, nessas decisões o Tribunal emprega a expressão “DESDE QUE”, reconhecendo a validade da norma “desde que interpretada de tal forma”. Com isso, ao mesmo tempo em que é resguardada a validade da norma (com dada interpretação), afasta o Tribunal qualquer outra possibilidade de interpretação para a norma (qualquer outra interpretação será tida por inconstitucional).

Após analisarmos, nas precedentes aulas, os principais aspectos concernentes ao controle de constitucionalidade no Brasil, apresentarei, a seguir, uma seleção de 53 itens sobre o tema, todos retirados de concursos públicos.

- 1) (CESPE/AUDITOR/INSS/2001) Um auditor fiscal da previdência social não pode autuar uma empresa com base em lei federal declarada inconstitucional pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade, mesmo não sendo a empresa a autora da demanda.
- 2) (CESPE/AUDITOR/INSS/2001) Se um município edita uma lei manifestamente inconstitucional que estorva a ação de auditores fiscais da previdência social, a questão não poderá ser levada ao STF em ação direta de inconstitucionalidade.
- 3) (CESPE/AUDITOR/INSS/2001) Um contrato celebrado com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle abstrato não poderá ter a sua própria validade questionada, uma vez que, tendo sido pactuado antes da decisão da Suprema Corte, estará protegido pela garantia do ato jurídico perfeito.
- 4) (ESAF/AFRF/2001) Os Tribunais de Justiça dos Estados têm legitimidade para declarar, por meio do controle abstrato, a nulidade de leis e atos normativos estaduais e municipais, por afronta à Constituição Federal.
- 5) (ESAF/AFRF/2001) A declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal pelo STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, somente produz efeitos para todos depois de suspensão a execução do diploma legal pelo Senado Federal.
- 6) (ESAF/AFRF/2001) Como regra geral, declarada a nulidade de uma lei numa ação direta de inconstitucionalidade, o diploma deixa de produzir efeitos a partir da data do julgamento da ação.
- 7) (ESAF/AFRF/2001) No exame de constitucionalidade de uma lei, não é dado ao Supremo Tribunal Federal formular juízo sobre a razoabilidade do diploma.
- 8) (ESAF/AFRF/2001) A decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal julgando improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade equivale a declarar constitucional o ato impugnado.
- 9) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Se o STF, apreciando o mérito de uma ação declaratória de constitucionalidade, julga a demanda improcedente, a lei deve ser considerada inconstitucional e esta decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo.
- 10) (ESAF/AFCE/TCU/2000) A declaração de inconstitucionalidade feita em um recurso extraordinário terá sempre eficácia contra todos e produzirá efeito vinculante, tão logo o acórdão transite em julgado.
- 11) (ESAF/AFCE/TCU/2000) O STF tem competência para apreciar a constitucionalidade de leis editadas em qualquer Estado da Federação, por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.
- 12) (ESAF/AFCE/TCU/2000) A decisão do STF pela inconstitucionalidade de uma lei federal, quando proferida em sede de controle abstrato, começa a produzir eficácia contra todos depois de o Senado Federal suspender a execução da lei.
- 13) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Uma lei municipal pode ser declarada inconstitucional pelo STF, quer por meio de ação direta de inconstitucionalidade, quer por recurso extraordinário.
- 14) (ESAF/AFC/STN/2000) O controle abstrato de constitucionalidade é realizado no Brasil apenas pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a provocação de cidadão que tenha um direito fundamental seu violado pelos poderes públicos.
- 15) (ESAF/AFC/STN/2000) A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir questão de inconstitucionalidade por meio do controle de constitucionalidade em tese, produz efeitos apenas entre as partes, podendo, entretanto, produzir também efeitos contra todos (erga omnes), se a lei invalidada vier a ser suspensa pelo Senado Federal.
- 16) (ESAF/AFC/STN/2000) Uma lei de um Município, mesmo que claramente contrária à Constituição Federal, não pode ser declarada inválida pelo Supremo Tribunal Federal numa ação direta de inconstitucionalidade.
- 17) (ESAF/AFC/STN/2000) A decisão do Supremo Tribunal Federal numa ação declaratória de constitucionalidade somente produz eficácia contra todos e efeito vinculante, quando julgada procedente no seu mérito.

- 18) (ESAF/AFC/STN/2000) Um tribunal de justiça estadual não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal.
- 19) (CEFOR/ANALISTA LEGISLATIVO/CD/2000) Em relação ao Poder Judiciário, é correto afirmar que a sujeição dos demais Poderes e dos órgãos do Poder Judiciário às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, configura a eficácia contra todos e o efeito vinculante, consoante dispõe o § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988.
- 20) (CEFOR/ANALISTA LEGISLATIVO/CD/2000) Em relação ao Poder Judiciário, é correto afirmar que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias no prazo de trinta dias.
- 21) (CEFOR/ANALISTA LEGISLATIVO/CD/2000) O controle direto de constitucionalidade, no plano federal, pode ser instaurado por iniciativa de alguns legitimados, entre os quais o Advogado-Geral da União.
- 22) (CEFOR/ANALISTA LEGISLATIVO/CD/2000) O controle direto de constitucionalidade, no plano federal, pode ser instaurado por iniciativa de alguns legitimados, entre os quais o Presidente de qualquer das Casas do Congresso Nacional.
- 23) (CEFOR/ANALISTA LEGISLATIVO/CD/2000) Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da representação interventiva, na hipótese de recusa à execução do direito federal por parte do Estado-membro.
- 24) O Presidente do Tribunal de Contas da União tem legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra leis que afetem a competência constitucionalmente estabelecida da Corte de Contas.
- 25) O Presidente da República não pode propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, atacando lei estadual.
- 26) A decisão que proclama a invalidade de uma lei federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade somente produz efeitos erga omnes (para todos) depois de suspensa a mesma lei pelo Senado Federal.
- 27) Leis municipais, estaduais e federais podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.
- 28) Um Governador de Estado pode, em princípio, ajuizar, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade contra lei federal, mas não pode ajuizar uma ação declaratória de constitucionalidade perante o mesmo tribunal tendo por objeto a mesma lei.
- 29) (CESPE/ADVOGADO DA CEB/2000) As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia erga omnes e efeito vinculante, tanto para o próprio STF quanto para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo.
- 30) (CESPE/ADVOGADO DA CEB/2000) No rol dos legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, não se incluem os governadores de estados.
- 31) (CESPE/AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL/2000) O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário que tem a prerrogativa de realizar o controle abstrato da constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República.
- 32) (CESPE/TITULAR DE SERVIÇOS NOTARIAIS/TJDFT/2000) A ordem postulada em sede de mandado de injunção, também chamado de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve ser concedida quando a falta de regra regulamentadora impossibilitar o exercício de direitos fundamentais ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania.
- 33) (CESPE/TITULAR DE SERVIÇOS NOTARIAIS/TJDFT/2000) Devido à organização do Poder Judiciário brasileiro, no modelo estabelecido pela Constituição da República, é o Supremo Tribunal Federal (STF) o guardião da Constituição, não competindo ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) exercer o controle de constitucionalidade.
- 34) (CESPE/TÉCNICO JUDICIÁRIO/STM/99) Se o STF, em sede de recurso extraordinário, pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha majorado a alíquota da contribuição social devida pelos

servidores públicos à seguridade social, caberá à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, por meio de resolução conjunta, suspender a execução da referida lei.

35) (CESPE/ANALISTA/BACEN/2000) No direito brasileiro, o controle judicial da constitucionalidade das leis é exercido de duas formas: pela via de defesa ou exceção, por meio da qual se busca expedir do sistema jurídico lei inconstitucional – método difuso -; e pela via de ação, por meio da qual o interessado busca obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de remi-lo do cumprimento da lei – método concentrado.

36) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO/STM/99) Considere a seguinte situação hipotética: O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra lei federal, requerendo a concessão de medida cautelar, que foi deferida pelo Plenário do STF. Nessa situação, os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo estarão obrigados a portar-se em função desse julgamento liminar, dado o efeito vinculante que a Constituição expressamente lhe confere.

37) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO/STM/99) Nos processos de competência do STF, funcionará, representando o Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República.

38) (CESPE/ANALISTA JUDICIÁRIO/STM/99) Todo processo judicial em que se pronuncie a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público tem de ser objeto de julgamento pelo STF, porquanto é desse tribunal a competência para exercer a guarda da Constituição.

39) (CESPE/PROCURADOR/INSS/98) No Brasil, tornou-se pacífica a noção de que as normas que contrastem com o sistema constitucional são desprovidas de fundamento de validade e, portanto, nulas e ineficazes, não produzindo efeito algum.

40) (CESPE/PROCURADOR/INSS/98) Se o STF apreciar questão de constitucionalidade posta no âmbito do controle difuso e decidir pela inconstitucionalidade, comunicando seu julgamento ao Senado Federal, e este editar resolução suspendendo a execução da norma, com efeitos erga omnes, esta resolução produzirá efeitos ex nunc.

41) (CESPE/PROCURADOR/INSS/98) No processo da ação declaratória de constitucionalidade, diversamente do que ocorre em relação à ação direta de inconstitucionalidade, não cabe ao Advogado-Geral da União funcionar como curador da constitucionalidade da norma em questão, defendendo-a.

42) (CESPE/PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL/2000) O controle de constitucionalidade é um dos principais mecanismos jurídicos de defesa das constituições; no entanto, a doutrina considera que ele não tem cabimento nos países cuja Constituição seja flexível.

43) (CESPE/PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL/2000) No Brasil, embora o controle de constitucionalidade seja eminentemente judicial, o Poder Executivo tem a possibilidade de interferir no processo legislativo, até de modo preventivo, isto é, impedindo que normas inconstitucionais sejam postas em vigor.

44) (CESPE/PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL/2000) Quando a inconstitucionalidade de uma norma é argüida por meio de ação, qualquer órgão judicial pode examiná-la, até nas ações ajuizadas perante órgãos jurisdicionais de primeiro grau, desde que obedecido o devido processo legal.

45) (CESPE/PAPILOSCOPISTA DA POLÍCIA FEDERAL/2000) No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, mesmo julgando que uma norma infraconstitucional é inconstitucional, pode, em certos casos, preservar alguns efeitos dela, dando caráter não-retroativo, ou seja, ex nunc, à sua decisão.

46) (ESAF/AFCE/TCU/99) Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle incidental perante os Tribunais exige que, toda vez que renovado pedido de declaração de inconstitucionalidade em relação à mesma lei, deve o órgão fracionário submeter a controvérsia ao plenário ou, se for o caso, ao órgão especial da Corte.

47) (ESAF/AFCE/TCU/99) A decisão final de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de normas tem eficácia ex nunc, necessariamente.

48) (ESAF/AFCE/TCU/99) A liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade pode ter eficácia ex nunc ou ex tunc.

49) (ESAF/AFCE/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, compete ao Tribunal, em sede de controle abstrato de normas, declarar a inconstitucionalidade e não a constitucionalidade de norma impugnada.

50) (ESAF/AFCE/TCU/99) A eficácia jurídica da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, está condicionada à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

51) (ESAF/AFCE/TCU/99) Contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, em processo de controle abstrato de normas do direito estadual, não cabe recurso extraordinário.

52) (ESAF/AFCE/TCU/99) Os Estados podem instituir uma Corte Constitucional com poderes para julgar as questões constitucionais, especialmente a ação direta de inconstitucionalidade.

53) (ESAF/AFCE/TCU/99) A Constituição estadual pode estabelecer que a representação interventiva, no plano estadual, deverá ser proposta pelo Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado.

GABARITO:

1C 2C 3E 4E 5E 6E 7E 8C 9C 10E 11E 12E 13E 14E 15E 16C 17E 18E 19E 20E 21E 22E 23E 24E 25E
26E 27E 28C 29E 30C 31C 32E 33E 34E 35E 36E 37C 38E 39E 40C 41C 42C 43C 44E 45C 46E 47E
48C 49E 50E 51E 52 E 53E

AULA Nº 32: COMENTÁRIOS À PROVA DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE AFCE/TCU/2000, realizado pela Escola de Administração Fazendária – Esaf.

1) Assinale a opção correta.

- a) É pacífico, entre nós, que não existem limitações implícitas ao poder constituinte de reforma.
- b) Uma proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir uma cláusula pétrea não pode sequer ser levada à deliberação do Congresso Nacional.
- c) As emendas à Constituição expressam meio típico de manifestação do poder constituinte originário.
- d) A Constituição de 1988 contemplou ao Presidente da República a titularidade para promulgação das emendas Constitucionais.
- e) O poder de reforma ou de emenda é um poder ilimitado na sua atividade de constituinte de primeiro grau.

Gabarito Oficial: B

Comentários.

Assertiva “a”:

Essa assertiva está incorreta, sobretudo pela afirmação “é pacífico”. Em que pese o fato de alguns autores menosprezarem a indicação de limitações materiais implícitas no nosso ordenamento, a verdade é que a orientação dominante é no sentido de reconhecer a existência de, pelo menos, três limitações materiais implícitas ao Poder de Reforma. Essas limitações, como a própria denominação indica, não constam expressamente do texto constitucional, mas, implicitamente, vedam a modificação de certas matérias de nossa Carta.

A primeira limitação implícita seria a impossibilidade de se alterar a titularidade do Poder Constituinte Originário (poder de elaborar uma nova Constituição), que, como se sabe, pertence ao povo. Seria, portanto, flagrantemente inconstitucional uma Emenda à Constituição outorgando, p. ex., ao Presidente da República a competência para elaborar/promulgar uma nova Constituição.

A segunda limitação implícita seria a impossibilidade de se alterar a titularidade do Poder Constituinte Derivado (poder de reformar uma Constituição). Ora, a designação do órgão competente para reformar a Constituição é obra do Poder Constituinte Originário, e como tal não pode ser modificada pelo Poder Constituinte Derivado. Seria inválida uma Emenda à Constituição que retirasse do Congresso Nacional a competência para reformar a Carta, habilitando outro órgão para tal.

A terceira limitação implícita impede alterações nos dispositivos que cuidam do próprio rito de reforma da Constituição, estabelecendo um processo solene, mais dificultoso do que aquele previsto para a legislação ordinária. Entre nós, essa limitação veda alterações no art. 60 da Carta Política.

Assertiva “b”:

A assertiva está em perfeita consonância com o disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, que estipula as chamadas cláusulas pétreas. Nesse dispositivo o legislador constituinte foi incisivo, firme, ao prescrever que “não será objeto de deliberação...”.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a força dessa vedação constitucional ao admitir que, via mandado de segurança, o Poder Judiciário possa determinar a sustação do processo de deliberação de emenda à constituição que atente contra cláusula pétrea. Como se vê, essa orientação do tribunal veio admitir, entre nós, excepcionalmente, o controle preventivo de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário (uma vez que o controle incide sobre Proposta de Emenda à Constituição – PEC, e não sobre norma jurídica já pronta).

Assertiva “c”:

Poder constituinte originário é o poder de elaborar uma Constituição, em regra por meio de representantes eleitos pelo povo – no nosso caso, por meio da chamada Assembléia Nacional Constituinte.

O poder constituinte derivado – também chamado de poder de reforma, poder de emenda, poder instituído, poder constituído, poder de segundo grau, poder secundário – é o poder de reformar,

modificar, uma Constituição. É instituído pelo poder constituinte originário, e deve obediência às regras por este estabelecidas na própria Constituição.

As emendas à Constituição expressam, portanto, típica manifestação do poder constituinte derivado – e não do poder constituinte originário.

Na vigente Constituição, na ocasião de sua promulgação, foram instituídas pelo poder constituinte originário duas modalidades distintas de atuação do poder constituinte derivado: o processo de **revisão**, previsto no art. 3º do ADCT, e o processo de **emenda à constituição**, estabelecido no art. 60 da CF. Exaurida a via de revisão constitucional, conforme prevista no art. 3º do ADCT, atualmente a única manifestação formal do poder constituinte derivado no Brasil é o processo de elaboração de emenda à Constituição, segundo o rito e as limitações impostos pelo art. 60 da CF.

Assertiva “d”:

As emendas à Constituição, por força do disposto no art. 60, § 3º, da CF, são promulgadas pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não fazendo parte desse ato solene o Presidente da República. Em verdade, em relação ao processo de Emenda à Constituição, a participação do Presidente da República limita-se ao poder de apresentar proposta – PEC, nos termos do art. 60, II, da CF.

Assertiva “e”:

O poder de reforma ou de emenda, conforme visto antes, é resultante da ação do poder constituinte originário. Vale dizer, é um poder de segundo grau, instituído pelo constituinte originário, no momento em que este elabora a Constituição. Sua manifestação, portanto, não é ilimitada, pois o poder constituinte originário, ao instituí-lo, estabelece limitações para a sua atuação.

Na Constituição vigente, por exemplo, o legislador constituinte, ao estabelecer o processo de emenda à Constituição, impôs várias limitações à atuação do poder constituinte derivado: limitações circunstanciais (art. 60, § 1º), materiais (art. 60, § 4º) e processual (art. 60, § 5º).

2) Em relação à supremacia material e formal das constituições, podemos afirmar:

- a) a formal é reconhecida nas constituições flexíveis.
- b) a material está relacionada à produção de um documento escrito.
- c) a material tem a ver com o modo como as normas constitucionais são elaboradas.
- d) a formal resulta da situação da Constituição no topo da hierarquia das normas, independentemente da matéria tratada.
- e) a jurisdição constitucional está concebida para proteger a supremacia material, mas não a supremacia formal da Constituição.

Gabarito Oficial: D

Comentários.

A concepção teórica de supremacia material e formal decorre da classificação das constituições em constituição material e constituição formal e, conforme explicitado a seguir, não apresenta maiores dificuldades para o aprendizado.

A primeira idéia a ser fixada é a seguinte: a concepção de constituição material prende-se ao **conteúdo** da norma; a de constituição formal, ao **processo de elaboração** da norma.

Portanto, para o conceito de constituição material não importa a origem da norma, onde esteja inserida a regra jurídica, se numa constituição escrita ou se numa constituição costumeira, não escrita – interessa apenas o **conteúdo** da norma. Se a norma cuidar daquelas matérias essenciais, fundamentais do Estado (tais como: estrutura do Estado, organização de seus órgãos e direitos fundamentais), então tal norma será constitucional (esteja ou não inserida no texto de uma constituição). As demais matérias, de natureza ordinária (isto é, que poderiam ser tratadas pelo legislador ordinário), mesmo integrando o texto de uma constituição escrita, não seriam constitucionais.

Na concepção material, portanto, pode-se afirmar que todo Estado possui uma Constituição, já que a mera existência de um Estado pressupõe, por óbvio, uma estruturação mínima de seus órgãos e o reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos.

Para a noção de constituição formal, diferentemente, só interessa o **modo de elaboração**, a origem da norma. Caso a norma esteja inserida num documento escrito, formal e solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais previstos no seu próprio texto, tal norma será constitucional, sendo irrelevante o seu conteúdo. Sob o ponto de vista formal, portanto, o processo de elaboração da norma é que a torna constitucional, colocando-a no topo do ordenamento jurídico, em posição de supremacia em relação às demais espécies normativas.

Nessa concepção, são constitucionais todas as normas produzidas por um processo especial, mais solene do que o exigido para a elaboração das normas ordinárias, independentemente de seu conteúdo.

Vistas essas breves noções, passemos à análise das assertivas da questão em apreço.

Assertiva “a”:

A questão está incorreta porque não há que se falar em supremacia formal numa constituição flexível, uma vez que nessa as normas constitucionais encontram-se no mesmo grau hierárquico que as demais normas ordinárias, podendo aquelas ser modificadas por estas. Como vimos, a supremacia formal de uma norma decorre da existência de um texto produzido por um processo especial, mais solene que o de elaboração das normas ordinárias.

Assertivas “b” e “c”:

Conforme dito antes, a concepção de constituição material leva em conta o **conteúdo** da norma jurídica, pouco importando se esteja esta inserida num documento formal, escrito, ou se numa constituição costumeira, não escrita. Dentro da ótica de Constituição material, portanto, é completamente irrelevante o modo de elaboração da norma, bem assim o fato de estarmos ou não diante de um documento escrito, diante de uma constituição solenemente elaborada pelo poder constituinte.

A assertiva estaria perfeita caso se referisse à constituição formal, pois esta, sim, pressupõe a existência de uma constituição escrita. Não se compreende a existência de normas formalmente constitucionais se não estiverem expressas em um texto escrito. Nos países que adotam constituição não escrita, como a Inglaterra, não podemos encontrar diferença entre os processos de elaboração da constituição e das demais normas legislativas, pois, de fato, não existe um processo especial, mais dificultoso, para a elaboração da lei constitucional. Logo, as normas tidas por constitucionais não são **formalmente** superiores às demais; são apenas, devido ao seu conteúdo, **materialmente** superiores.

Assertiva “d”:

Essa assertiva está perfeita. É exatamente esta a concepção de constituição formal: uma constituição formal e solenemente elaborada segundo um rito mais dificultoso do que aquele de elaboração das demais normas ordinárias, ficando, por essa razão (modo de elaboração), todas as normas dela constantes no topo do ordenamento jurídico – independentemente da matéria tratada.

Assertiva “e”:

A fiscalização exercida pelo Poder Judiciário na defesa da Constituição alcança, evidentemente, a chamada supremacia formal. Em verdade, entre nós, o controle de constitucionalidade é exercido sob uma ótica estritamente formal, considerando como constitucionais todas as normas inseridas no texto da Constituição Federal, independentemente de seu conteúdo, haja vista estarmos diante de uma Carta eminentemente formal (documento escrito, solenemente elaborado pelo poder constituinte, e somente modificável por processo especial).

Cabe ressaltar que embora seja competência precípua do Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (CF, art. 102), a jurisdição constitucional no Brasil não é privativa desse Tribunal. Isso porque, no modelo difuso de controle de constitucionalidade, todos os órgãos do Poder Judiciário (juízes e tribunais inferiores) detêm competência para zelar pela Constituição, negando aplicação àquelas normas que entendam conflitantes com a Lei Maior. Apenas na chamada jurisdição

concentrada, exercida via ação direta, a guarda da Constituição Federal é privativa do Supremo Tribunal Federal.

3) Com relação ao controle de constitucionalidade de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal - STF, é correto afirmar:

- a) Se o STF, apreciando o mérito de uma ação declaratória de constitucionalidade, julga a demanda improcedente, a lei deve ser considerada inconstitucional e esta decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo.
- b) A declaração de inconstitucionalidade feita em um recurso extraordinário terá sempre eficácia contra todos e produzirá efeito vinculante, tão logo o acórdão transite em julgado.
- c) O STF tem competência para apreciar a constitucionalidade de leis editadas em qualquer Estado da Federação, por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.
- d) A decisão do STF pela inconstitucionalidade de uma lei federal, quando proferida em sede de controle abstrato, começa a produzir eficácia contra todos depois de o Senado Federal suspender a execução da lei.
- e) Uma lei municipal pode ser declarada inconstitucional pelo STF, quer por meio de ação direta de inconstitucionalidade, quer por recurso extraordinário.

Gabarito Oficial: A

Comentários.

Assertiva “a”:

A ação declaratória de constitucionalidade - ADC possui natureza **dúplice** ou **ambivalente**. Proposta perante o Supremo Tribunal Federal, a decisão do Tribunal será pela procedência ou pela improcedência da ação, reconhecendo-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma.

Como o pedido na ADC é pelo reconhecimento da constitucionalidade da norma, temos:

- a) caso seja declarada procedente a ação, será proclamada a constitucionalidade da norma;
- b) caso seja declarada improcedente a ação, será proclamada a inconstitucionalidade da norma.

Em ambos os casos, por força do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, as decisões produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Essa orientação, há muito consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi positivada por meio do art. 24 da Lei 9.868, de 1999.

Assertiva “b”:

O recurso extraordinário (RE) é o meio utilizado, no âmbito do controle incidental, para submeter-se uma contenda constitucional à apreciação do Supremo Tribunal Federal. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em RE, como “última instância” recursal do controle difuso de constitucionalidade, somente aproveita às partes interessadas no processo, afastando a aplicação da lei em relação a eles (eficácia inter partes). Em relação aos não partícipes do processo, a lei continua válida, plenamente vigente no ordenamento jurídico. Da mesma forma, os demais órgãos do Poder Judiciário não ficam vinculados à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, podendo continuar a aplicar a lei aos casos concretos a eles submetidos.

Portanto, em regra, não há que se falar em efeito vinculante e eficácia erga omnes em decisão proferida em RE.

Existe apenas uma hipótese de interposição de RE, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros, que merece destaque.

É que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de ajuizamento de ADIN perante o Tribunal de Justiça com a alegação de ofensa à norma constitucional estadual **que reproduz dispositivo da Constituição Federal** de observância obrigatória pelos Estados, contra a

decisão daquele Tribunal há a possibilidade de interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (ADIN 1.268-2/MG).

Assim, Se a lei ou ato normativo impugnado em ADIN perante o Tribunal de Justiça contrariar dispositivos da Constituição Estadual que sejam mera reprodução de regra da Constituição Federal, teremos a competência para o julgamento da ADIN do Tribunal de Justiça, cabendo, em tese, recurso extraordinário para o STF contra a decisão que vier a ser proferida sobre a questão.

E, nesse caso, segundo o STF, a decisão proferida no recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça em ADIN estadual (CF, art. 125, § 2º) tem eficácia *erga omnes* por se tratar de controle abstrato, ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo o território nacional (RE 187.142/RJ).

Assertiva “c”:

A afirmativa está incorreta porque, nos termos expressos do art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, a ação declaratória de constitucionalidade só pode ter por objeto leis ou atos normativos federais (os estaduais somente podem ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade – ADIN).

Assertiva “d”:

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato – seja em ADIN, ADC ou ADPF – são dotadas, por si sós, de eficácia contra todos (*erga omnes*). A possibilidade de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da CF, somente é aplicável às decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Assertiva “e”:

A afirmativa está incorreta porque, nos termos expressos do art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade – ADIN só pode ter por objeto leis ou atos normativos federais ou estaduais.

As normas municipais não podem ser impugnadas perante o Supremo Tribunal Federal em sede de ADIN. O direito municipal pode ser impugnado em ADIN somente perante o Tribunal de Justiça, em face da Constituição Estadual, nos termos do art. 125, § 2º, da CF.

Recentemente, porém, a Lei nº 9.882, de 1999, trouxe a possibilidade de arguição direta da ilegitimidade de uma norma municipal perante o Supremo Tribunal Federal, mas somente em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Evidentemente, nada impede que a inconstitucionalidade de uma norma municipal seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário – RE, no âmbito do controle incidental de constitucionalidade.

4) Sobre o controle externo, da forma como previsto na Constituição Federal, é correto afirmar:

- a) As hipóteses para as quais se prevê o controle externo excluem a possibilidade do exercício do controle interno.
- b) Cabe ao Congresso Nacional, no exercício do controle externo, sustar contrato, em que se tenha verificado ilegalidade.
- c) Uma vez repassados pela União recursos a um Estado-membro, por força de convênio, a fiscalização da aplicação dos mesmos deixa de ser do Tribunal de Contas da União para ser do Tribunal de Contas do Estado beneficiado.
- d) Incumbe ao Tribunal de Contas da União julgar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República.
- e) O Tribunal de Contas da União deve encaminhar, trimestral e anualmente, relatório das suas atividades para o Ministério Público Federal, para fins de promoção de ações destinadas a apurar responsabilidades civil e penal.

Gabarito Oficial: B

Comentários.

Assertiva “a”:

Controle externo é aquele realizado por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado, como, p. ex., aquele que é exercido pelo Poder Legislativo sobre os atos do Executivo.

Esse controle está previsto no art. 70 da Constituição Federal, tendo a Carta, como era de se esperar, outorgado essa competência, no plano federal, ao Congresso Nacional.

Esse controle é exercido, portanto, pelo Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembleias Legislativas nos Estados-membros, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos Municípios, com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas.

De fato, se cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis, por uma questão de lógica, a ele também deve ser imputada a atribuição de fiscalizar seu cumprimento pelo Executivo, ao qual incumbe função de mero administrador.

Controle interno é aquele realizado por órgão integrante da própria administração que responsável pela atividade controlada. O controle realizado pelo Executivo sobre seus serviços e agentes é controle interno; aquele realizado pelo Legislativo e pelo Judiciário, por meio de seus próprios órgãos administrativos, sobre seus atos também.

O controle interno, por sua vez, está previsto no art. 74, dispondo a Constituição que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno.

Como se vê, a exigência de controle interno não alcança apenas o Poder Executivo, mas sim ambos os Poderes da República, já que todos, na atual Constituição, gozam de autonomia administrativa. Esse controle possui natureza administrativa, com o fito de acompanhar a execução do orçamento e verificar a legitimidade da aplicação do dinheiro público.

A assertiva está incorreta porque afirma que a existência do controle externo exclui a atuação do interno.

Ora, a própria Constituição estabelece como uma das finalidades do controle interno o apoio ao controle externo no exercício de sua missão institucional (art. 74, IV), além de determinar aos responsáveis pelo controle interno que, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela dêem ciência ao Tribunal de Contas da União (órgão que auxilia o Legislativo no controle externo), sob pena de responsabilidade solidária (art. 74, § 1º).

Assertiva “b”:

Essa assertiva consagra disposição expressa do texto constitucional, prescrita no art. 71, § 1º, da CF.

De fato, no caso de **ato** administrativo a competência para a sustação é do próprio Tribunal de Contas da União, que apenas deverá dar ciência de sua atuação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X).

Entretanto, em se tratando de **contrato** administrativo, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (art. 71, § 1º).

Entretanto, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas cabíveis para a sustação do contrato, o Tribunal de Contas adquirirá competência para decidir a respeito (art. 71, § 2º).

Assertiva “c”:

A fiscalização dos recursos repassados pela União a Estado, Distrito Federal ou a Municípios compete ao Tribunal de Contas da União, seja esse repasse efetivado mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, por força do art. 71, VI, da Constituição Federal.

Assertiva “d”:

O Tribunal de Contas da União não dispõe de competência para julgar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República. Essa competência é exclusiva do Congresso Nacional, por força do art. 49, IX, da Constituição.

O Tribunal de Contas da União julga as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da administração direta e indireta e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (CF, art. 71, II).

Em relação às contas prestadas pelo Presidente da República, incumbe-lhe, tão-somente, apreciá-las e emitir parecer prévio opinativo, dentro do prazo de sessenta dias a contar de seu recebimento, nos termos do art. 71, I, da Constituição.

Assertiva “e”:

O Tribunal de Contas da União deve encaminhar, trimestral e anualmente, relatório das suas atividades para Congresso Nacional (art. 71, § 4º), e não para o Ministério Público Federal, conforme dispõe a assertiva.

5) Em relação ao princípio da autonomia gerencial da Administração Pública, podemos afirmar:

- a) Trata-se de princípio que permite à Administração Pública, para projetos específicos, contratar pessoal sem concurso público e fixar vencimentos, independentemente de lei.
- b) Significa a possibilidade efetiva da participação do usuário na Administração Pública brasileira veiculada através de reclamações relativas às prestações de serviços públicos.
- c) Poderá ser ampliado mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.
- d) Trata-se de princípio introduzido pelo Constituinte de 1988 que tem por finalidade essencial assegurar maior estabilidade dos direitos e garantias relativas à remuneração do pessoal ativo e inativo do Poder Público.
- e) Cuida-se de garantia essencialmente legal que deverá ser outorgada após cinco anos de vigência do denominado "Programa de Estabilidade Fiscal".

Gabarito Oficial: C

Comentários.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe a possibilidade de que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta seja ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público (CF, art. 37, § 8º).

Instituiu-se, entre nós, a figura do contrato de gestão, instrumento de natureza gerencial da administração pública, com vistas a permitir um melhor controle de resultados.

Por meio do contrato de gestão, busca-se, em verdade, assegurar maior eficiência dos órgãos da administração direta e indireta, por meio da fixação de suas metas de desempenho e da obrigação do poder público, em contrapartida, conceder-lhe maior autonomia de gestão.

Referido dispositivo constitucional tem sido alvo de duras críticas, em virtude de ter previsto a celebração de contrato de gestão entre órgãos da administração direta.

De fato, a aplicação de tal ajuste no âmbito da administração direta parece um tanto quanto difícil, pelo menos à luz da teoria moderna do órgão público.

Ora, segundo a teoria do órgão, elaborada pelo alemão Otto Gierke, os órgãos públicos não têm personalidade jurídica e nem vontade própria; são meros centros de competência para o desempenho de atividades estatais, por meio de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. Em outras palavras: a pessoa jurídica manifesta sua vontade por meio de seus órgãos, de tal modo que quando estes agem exteriorizam a vontade daquela, como se ela própria o fizesse.

Levada a cabo a previsão constitucional de celebração de contrato de gestão entre órgãos da administração direta, teríamos um paradoxo: a celebração de um ajuste de vontade entre entes que não possuem vontade própria (uma vez que sua atuação é imputada à entidade a que pertencem)!

De qualquer forma, nos exatos termos constitucionais, é possível a celebração de contrato de gestão entre os administradores e órgãos ou entidades da administração direta ou indireta, razão porque a assertiva "C" está correta.

6) Nos casos de matéria da competência legislativa concorrente entre Estados-membros e União é correto afirmar que:

- a) havendo conflito entre a legislação estadual e a federal, deve prevalecer aquela, no âmbito do Estado-membro, dado o princípio da competência residual dos Estados.
- b) os Estados somente podem legislar para suprir as omissões da legislação federal.
- c) a falta de normas gerais editadas pela União dá margem a que cada Estado exerça competência legislativa plena sobre a matéria, para atender a suas peculiaridades.
- d) não havendo legislação estadual sobre a matéria, cabe à União suprir a omissão, tanto em aspectos de normas gerais como de normas específicas.
- e) configura hipótese de competência legislativa concorrente o caso da delegação, pelos Estados-membros, da sua competência legislativa privativa para a União, com reserva de iguais poderes.

Gabarito Oficial: C

Comentários.

Assertivas "a" e "c":

A competência legislativa concorrente está prevista no art. 24 da Constituição, sendo o seu funcionamento estabelecido nos §§ 1º ao 4º desse mesmo dispositivo.

Entre esses parágrafos, o § 4º é o que disciplina a hipótese de conflito de normas estaduais e federais.

Esse conflito é possível no caso de omissão inicial da União em cumprir sua missão de estabelecer normas gerais; sendo omissa a União, os Estados adquirem competência legislativa plena, podendo, pois, vir a estabelecer as normas gerais que não foram editadas pela União, para o atendimento de suas peculiaridades. Num momento posterior, porém, vindo a União a exercer sua competência, editando as normas gerais, estas suspenderão a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Portanto, diante desse conflito, prevalecerá a norma federal.

Um detalhe apenas: dispõe a Constituição que norma federal superveniente suspende a eficácia da norma estadual, e não a revoga. Essa distinção é importante, pois revogação não se confunde com suspensão de eficácia.

Na revogação a norma revogada não mais existe, é retirada do mundo jurídico. Na suspensão de eficácia, a norma não é retirada do mundo jurídico, permanece vigente, apenas tem os seus efeitos suspensos, deixa de incidir.

No âmbito da competência legislativa concorrente, a norma federal superveniente apenas suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Esta permanece vigente, tem apenas os seus efeitos suspensos, naqueles dispositivos que contrariarem a norma federal. Se posteriormente a norma federal vem a ser revogada, retirada do mundo jurídico, a norma estadual volta a regular a matéria automaticamente, sem necessidade de qualquer determinação nesse sentido (se a norma federal revogasse a norma estadual, a posterior revogação daquela não implicaria a automática restauração desta, em razão da inexistência, entre nós, da chamada repristinação tácita).

Assertiva "b":

Ora, a Constituição é expressa ao estabelecer que, sendo omissa a União no estabelecimento de normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º).

Assertiva "d":

No âmbito da competência legislativa concorrente, a Constituição é firme nesse sentido, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º).

Ultrapassando essa competência, a União estará agindo inconstitucionalmente, invadindo competência dos Estados-membros ou do Distrito Federal.

A suplementação da legislação federal, por meio de regras específicas, é competência dos Estados e do Distrito Federal, e, caso não a utilizem, a consequência é que a matéria restará regulada apenas em termos de normas gerais.

Assertiva “e”:

Assertiva completamente incorreta.

Ora, os Estados-membros não detêm competência legislativa privativa, sendo-lhe conferida pela Constituição Federal a chamada competência remanescente ou residual, nos termos do art. 25, § 1º, da CF.

Em verdade, tal assertiva procurou confundir o candidato com a hipótese de delegação da competência privativa da União aos Estados-membros, prescrita no parágrafo único do art. 22 da Carta.

AULA 33: ESTADO FEDERADO

É sabido que o nosso Estado é do tipo federado (também denominado por parte da doutrina de “Estado Composto”), integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para ser o mais objetivo possível, e considerando que esse assunto é um dos primeiros a ser apresentado ao concursando no estudo do Direito Constitucional, apontarei abaixo, na forma de tópicos, apenas aqueles aspectos que considero relevantes para o fim de concurso público:

1º) Quando se fala em “Forma de Estado”, a preocupação é com a relação **território – centro de poder**. Se no território há apenas um centro de poder político, teremos o chamado Estado Unitário. Ao contrário, se no mesmo espaço territorial coexistem mais de um centro de poder, estaremos diante do Estado Federado. O Uruguai, por exemplo, é um Estado Unitário: naquele país só há um poder político central, que legisla e irradia sua competência por todo o território nacional. O Brasil é um Estado Federado: no nosso território coexistem, lado a lado, mais de um poder político, emanados de nossas entidades federativas (o residente de um Município, por exemplo, sofre incidência de um poder central – União; de um poder regional – Estado; e de um poder local – Município). Essa conceituação é importante para não confundirmos forma de Estado com **forma de Governo** (república ou monarquia) ou com sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), temas que serão tratados em outras oportunidades.

2º) Os entes que integram nossa Federação são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Nossa federação não obedece ao modelo típico dessa modalidade de Estado, que teve seu berço nos Estados Unidos da América. A regra no Estado Federado é a existência de apenas dois poderes políticos: a União e os Estados. Na nossa federação, como se vê, os Municípios também são entes federativos. Por isso as bancas examinadoras (especialmente da Esaf) perguntam tanto se os Municípios são “**típicos** entes federativos”. Não, não são. São entes **anômalos, peculiares** de nossa Federação. O mesmo pode-se dizer do Distrito Federal.

3º) Todos os entes federativos são **autônomos**, nos termos da Constituição Federal. A legitimidade da atuação de cada ente está delimitada na Constituição Federal, nenhum deles tem supremacia sobre o outro. Não há que se falar em soberania da União e autonomia dos demais entes. A União, como entidade política de Direito Público Interno, integrante da nossa federação, é dotada apenas de autonomia, como os demais. Tanto isso é verdade que, caso a União atue além de sua competência constitucionalmente delineada, seu ato estará inquinado de inconstitucionalidade, por invasão de competência de algum outro ente.

Também é equivocado falar em **hierarquia**, em **relação de subordinação** entre os entes federados.

Os Municípios não são subordinados à União e aos Estados, tampouco estes são subordinados à União. O que há é uma definição constitucional das competências de cada ente federativo, a chamada “repartição de competências”, que representa, como veremos adiante, a garantia maior de um Estado Federado.

Porém, não podemos esquecer que, em hipóteses excepcionais, a Carta Política admite a intervenção da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios localizados em Territórios (CF, arts. 34 e 35), bem assim do Estado nos Municípios localizados em seu território (CF, art. 35).

4º) O **território não é um ente federativo**, não possui autonomia política. Trata-se de uma mera divisão territorial pertencente à União.

5º) O Estado Federado tem como característica a **descentralização política** (e não desconcentração, pois temos entidades diferentes!), marcada pela convivência coordenada, num mesmo território, de diferentes entidades políticas autônomas, distribuídas regionalmente. No Brasil, podemos falar em **descentralização política constitucional**, pois é estabelecida na própria Carta.

6º) A forma federativa de Estado constitui, nos termos do art. 60, § 4º, I, da Constituição Federal, **cláusula pétrea**. É, portanto, matéria insuscetível de abolição pelo poder constituinte derivado.

Afirmar que a forma federativa de Estado é cláusula pétrea não significa, tão-somente, que a nossa federação não poderá ser transformada em Estado do tipo Unitário. É muito mais que isso: significa que, além de mantida a forma federativa de Estado, deve ser resguardada a **autonomia** dos entes federativos nos termos em que originalmente estabelecida pelo legislador constituinte. Vale dizer, a aprovação de qualquer reforma constitucional que seja tendente a abolir, a enfraquecer de forma substancial a autonomia de algum dos entes da federação, quebrando o chamado equilíbrio federativo, será flagrantemente inconstitucional. Por exemplo, seriam inconstitucionais, por atentar contra a forma federativa de Estado, as seguintes emendas à Constituição: que transferisse aos Estados-membros todas as competências legislativas dos Municípios; que transferisse aos Estados-membros a competência para a elaboração da Lei Orgânica dos Municípios de seus territórios; que transferisse à União a competência para a elaboração da Lei Orgânica do Distrito Federal; que transferisse à União a competência para a livre nomeação dos Governadores de Estado etc.

7º) A nossa federação é marcadamente **centralizada**. As principais competências, materiais e legislativas, foram outorgadas constitucionalmente ao ente central, à União. A respeito, o Eminentíssimo Professor Celso Ribeiro Bastos, em sua clássica obra "Curso de Direito Constitucional (Saraiva, 20ª Edição, pág. 293), chega a afirmar que "o Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou províncias, consegue um nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro".

8º) A autonomia conferida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios não lhes possibilita a instituição de forma de governo, regime de governo e sistema eleitoral distintos daqueles vigentes no modelo federal. Não há, portanto, possibilidade de que um Estado brasileiro venha a adotar a monarquia como forma de governo, o parlamentarismo como regime de governo, tampouco um sistema eleitoral distinto daqueles estabelecidos pela Constituição Federal (majoritário e proporcional).

9º) A participação de todos os entes federativos na formação da vontade nacional não é característica da nossa Federação. Isso porque, os Municípios, embora sejam entes integrantes da federação, não têm qualquer participação na formulação da vontade nacional do Estado brasileiro. Já os Estados-membros e o Distrito Federal participam da formação da vontade central, seja por meio do Senado Federal (que representa os Estados e o Distrito Federal), seja por meio da legitimação para apresentar proposta de emenda à Constituição Federal, nos termos do art. 60, III, da Carta Política.

10º) Os maiores sustentáculos de um Estado Federado são a **repartição de competências** entre os entes e a existência do chamado **controle de constitucionalidade**. Primeiro porque, sem dúvida, não há que se falar em federação, em que diferentes forças políticas autônomas convivem num mesmo espaço territorial, sem o estabelecimento de uma clara partilha de competências. Imagine, no nosso País, como seria a convivência entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se não houvesse o delineamento constitucional das competências de cada um deles. Por outro lado, de nada adiantaria o estabelecimento de uma repartição de competências se não houvesse "alguém" competente para fiscalizar a atuação de cada ente, para fazer valer o modelo e os limites traçados na Constituição, para corrigir as eventuais (que não são tão eventuais assim!) invasões de competência etc. Nesse ponto é que assume relevo o chamado **controle de constitucionalidade**, que, agindo com imparcialidade, tem por escopo garantir o respeito à partilha de competências estabelecida na Constituição. No Brasil, não é raro o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade de leis e atos editados pelos diferentes entes federativos, por desrespeito à repartição de competências traçada na Constituição (vale dizer, por invasão de competência).

11º) A vigente Constituição **não** equiparou o Distrito Federal, em todos os aspectos, aos Estados-membros da Federação. Embora tenham sido atribuídas ao Distrito Federal as competências legislativas dos Estados e dos Municípios (CF, art. 32, § 1º), é certo que nem todas as competências dos Estados podem ser exercidas pelo Distrito Federal. Nesse sentido, compete à União, no âmbito do Distrito Federal: organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal (CF, art. 21, XIII); organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal (CF, art. 21, XIV); legislar sobre organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal (CF, art. 22, XVII).

12º) Nosso Estado Federado é do tipo **indissolúvel**. Significa dizer que não há possibilidade de secessão, de separação, de formação de "dois Brasis", como já pretenderam alguns Estados brasileiros. Pura balela essa estória de separação de alguns Estados brasileiros para a formação de

um novo Estado! Juridicamente, sob a égide da atual Constituição e de nosso Estado Democrático de Direito, não há que se falar em separação. A indissolubilidade decorre de vedação expressa do art. 1º de nossa Carta Política (*união indissol vel*, reza o texto), bem assim do art. 34, I, que confere poderes de intervenção à União para **manter a integridade nacional**.

De minha parte, que nasci na Região Sudeste, morei nas Regiões Sul e Nordeste, tive o privilégio de conhecer a beleza e a hospitalidade das principais Capitais da Região Norte, e atualmente resido no Centro-Oeste, rezo para que o amadurecimento de nossa democracia, de nosso povo e de nossas instituições supere de vez essa lamentável idéia de separação, que, afinal, não deixa de dissimular o velho e arraigado **preconceito**, veemente refutado pela nossa Carta Política, que, ao contrário, prescreve como postulados maiores de nosso Estado a igualdade, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a redução de nossas desigualdades regionais e o não-racismo. Enfim, acredito que estaremos melhores se pensarmos no bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como quer a nossa Lei Maior (CF, art. 3º, IV).

Pensar diferente, com a devida vênia, é fugir de nossas tradições e, acima de tudo, desconhecer a nossa história, e, sobretudo, o que cada região já representou para o desenvolvimento pregresso desse lindo – único e indissolúvel – País chamado Brasil.

EXERCÍCIOS.

- 1) Na Federação brasileira, a União é entidade soberana, enquanto os Estados-membros e o Distrito Federal são entidades autônomas.
- 2) O Distrito Federal é dotado de competência legislativa em tudo idêntica à dos Estados-membros.
- 3) Os Estados-membros não têm qualquer participação ou iniciativa, direta ou indireta, no processo de Emenda à Constituição Federal.
- 4) É inválida a proposta de emenda constitucional que tenha por objeto transformar o Brasil em Estado Unitário.
- 5) O Estado-membro vincula-se ao sistema de iniciativa privativa do Executivo fixado na Constituição Federal.
- 6) A criação de cargos, funções ou empregos públicos é matéria sob reserva de lei de iniciativa privativa do Presidente da República; este modelo, por força do federalismo, deve ser seguido pelos Estados e Municípios, adequando-se a iniciativa, conforme o caso, ao governador ou ao prefeito.
- 7) Os Estados-membros não estão impedidos de constituir um sistema legislativo bicameral.
- 8) Segundo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, a introdução, pelos Estados-membros, de um sistema parlamentar de governo ou do regime monárquico pode ser realizada mediante emenda à Constituição Estadual.
- 9) Os Estados-membros podem adotar, no âmbito do seu poder de conformação, o regime parlamentar de governo.
- 10) Os Estados-membros podem dispor sobre o sistema eleitoral, sendo-lhes possível adotar, por exemplo, o sistema distrital misto nas eleições parlamentares estaduais ou municipais.
- 11) É amplo o poder constituinte do Estado-membro, facultando-se-lhe dispor, de forma incondicionada, sobre o sistema eleitoral e o sistema de governo.
- 12) No âmbito das competências do Estado-membro, não se inclui a possibilidade de instituição de uma verdadeira Corte Constitucional.
- 13) A Constituição não veda, expressamente, o direito de secessão dos entes federados.
- 14) O Distrito Federal é dotado de todas as competências reconhecidas aos Estados-membros.
- 15) No âmbito da autonomia dos Estados-membros, coloca-se até mesmo a possibilidade de adoção de um sistema parlamentar de governo.
- 16) No âmbito do Distrito Federal, a organização da Defensoria Pública e da Polícia Civil constitui tarefas de competência legislativa do Distrito Federal.
- 17) Compete ao Distrito Federal a organização do Poder Judiciário local.

- 18) O Distrito Federal constitui uma autêntica unidade federada, dispondo de amplo poder de auto-organização em relação à sua estrutura administrativa e à organização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.
- 19) Na Federação Brasileira, cada Estado é soberano e autônomo, o que não ocorre com os Municípios.
- 20) Na Federação Brasileira, os Estados se autoconstituem, possuindo Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.
- 21) Na Federação Brasileira, há a participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na formulação da ordem jurídica central.
- 22) Na Federação Brasileira, a forma de Estado só poderá ser alterada mediante emenda à Constituição Federal.
- 23) O Brasil é uma república federativa, de modo que os componentes da federação, notadamente os Estados-membros, detêm e exercem a soberania.
- 24) O Estado Federado consiste em uma descentralização política, caracterizada pela autonomia – decorrente de lei federal – dos Estados-membros.
- 25) O Estado Federado consiste em uma descentralização política, caracterizada pela existência do poder constituinte decorrente, de que são investidos os Estados-membros, e em função do qual estes editam suas próprias constituições.
- 26) O Estado Federado consiste em uma descentralização política, caracterizada pela capacidade administrativa das unidades que promovem a descontração do poder.
- 27) O Estado Federado consiste em uma descentralização política, caracterizada pela repartição de competências entre as unidades federadas – repartição essa que, na Constituição Brasileira, está erigida como cláusula pétrea.
- 28) O Estado Federado consiste em uma descentralização política, em que a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade são necessários à sua manutenção.
- 29) O ordenamento constitucional brasileiro não permite que os Estados-membros adotem um modelo parlamentar de governo.
- 30) O sistema federativo brasileiro é composto de quatro espécies de pessoas jurídicas de direito público, entre elas os Municípios.
- 31) Apenas no plano federal o Poder Legislativo é bicameral.
- 32) Lei orgânica do Distrito Federal deverá dispor sobre a organização e competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
- 33) A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A autonomia desses entes federados pressupõe a repartição de competências para o exercício e o desenvolvimento de suas atividades normativas.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5C 6C 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13E 14E 15E 16E 17E 18E 19E 20C 21E 22E 23E 24E 25C
26E 27E 28C 29C 30C 31C 32E 33C

AULA Nº 34: REFORMA DA CF/1988

É sabido que a Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, pois exige para modificação de seu texto processo legislativo especial e mais dificultoso do que aquele empregado para a elaboração das leis. A rigidez, porém, garante apenas uma imutabilidade relativa da Constituição, dificultando a introdução de mudanças em seu texto. Desde que haja obediência às disposições e aos princípios constitucionais, nada obsta sejam perpetradas alterações legítimas na obra do poder constituinte originário.

A seguir, apresentarei os principais aspectos concernentes à modificação da Constituição Federal de 1988.

1 – MUTAÇÃO E REFORMA

A doutrina distingue os conceitos de mutação constitucional e reforma constitucional, afirmando ser aquela um processo não formal de mudança da constituição, enquanto esta corresponde a um procedimento solene, previsto no próprio texto constitucional, para a sua modificação.

A mutação constitucional consiste num processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado.

Haverá mutação constitucional, por exemplo, quando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferir nova interpretação a uma determinada disposição da Constituição. No processo de mutação, portanto, não há alteração literal do texto constitucional; apenas se reconhece novo sentido ao seu conteúdo.

A reforma constitucional é processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio da atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder constituinte derivado ou reformador.

Os procedimentos de reforma variam de país para país, cada qual estabelecendo, à sua maneira, os passos a serem seguidos para a modificação do texto constitucional. No Brasil, a vigente Constituição trouxe dois procedimentos distintos para a efetivação da reforma de seu texto: revisão constitucional e emenda à constituição.

Portanto, a expressão “modificação” é gênero, do qual são espécies a mutação constitucional e a reforma constitucional. Por sua vez, a expressão “reforma”, na vigente Constituição, compreende o processo de revisão (ADCT, art. 3º) e de emenda à constituição (CF, art. 60).

2 – REVISÃO CONSTITUCIONAL

A revisão constitucional foi prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que estatuiu a possibilidade de modificação da Constituição, passados cinco anos de sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Esse procedimento encerrou-se em junho de 1994, quando empreendida uma tímida revisão, que teve como resultado apenas seis modificações do texto constitucional (denominadas Emendas Constitucionais de Revisão – ECR).

A respeito do assunto, considero relevantes os seguintes aspectos:

2.1 – QUORUM DE DELIBERAÇÃO

O procedimento de revisão era mais simples do que aquele exigido para a implementação de emenda à Constituição. Enquanto para introduzir uma emenda constitucional exige-se aprovação, em dois

turnos, nas duas Casas do Legislativo, com quorum qualificado de três quintos em cada deliberação, no procedimento de revisão exigia-se, apenas, maioria absoluta, em sessão unicameral (votação única, com a presença dos Deputados e Senadores).

2.2 – EXAURIMENTO DO PROCESSO

Não há mais possibilidade de modificação do texto constitucional mediante o processo de revisão. Sendo a norma do art. 3º do ADCT transitória, com a sua aplicação, cinco anos após a promulgação da Carta, esgotou-se, exauriu-se em definitivo.

Exaurida a possibilidade de revisão nos termos do art. 3º do ADCT, seria possível a instituição, mediante emenda à constituição, de novo processo de revisão naqueles moldes?

Não. Desde que exaurida a possibilidade de revisão conforme prevista no art. 3º do ADCT, qualquer mudança formal na nossa Constituição só pode ser efetivada nos termos do art. 60, mediante o procedimento de emenda. O poder constituinte derivado não tem competência para estabelecer outro rito de reforma.

2.3 – ESTADOS-MEMBROS E REVISÃO

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, os Estados-membros não podem instituir procedimento simplificado de revisão de sua constituição, nos moldes daquele estabelecido pelo constituinte federal para a revisão da Constituição da República.

2.4 – EMENDA, REVISÃO E AMPLITUDE DA REFORMA

As expressões “revisão”, “reforma” e “emenda” são comumente empregadas pelos meios de comunicação como sinônimas, o que, conforme vimos, não está correto.

Mais comum ainda é o emprego da terminologia “revisão” como resultante de um conjunto de emendas à Constituição. Recentemente, li num importante jornal do país a seguinte afirmação:

“O Governo do Presidente Fernando Henrique está realizando uma verdadeira revisão’ da Constituição, por meio da aprovação de diversas e substanciais emendas ao seu texto”.

Afirmações como essa terminam por induzir à seguinte conclusão: as pequenas modificações do texto constitucional são implementadas por meio de emendas à Constituição; se a reforma é ampla, por meio de um conjunto de emendas, estaremos diante de um processo de revisão’ do texto constitucional.

Em verdade, a amplitude das alterações do texto constitucional é juridicamente irrelevante para o fim de caracterizar o processo de reforma como “emenda” ou “revisão”. O que distingue os processos de revisão e emenda é o meio de atuação do poder constituinte derivado: a emenda é aprovada segundo os termos do art. 60 da Carta; a revisão, conforme dissemos antes, obedecia às regras impostas pelo art. 3º do ADCT.

3 – EMENDA À CONSTITUIÇÃO

A emenda constitucional é resultado de um processo legislativo especial e mais dificultoso do que o ordinário, conforme regulado pelo art. 60 da Constituição Federal. Por meio desse procedimento especial, garante-se a rigidez e a supremacia do texto constitucional. Atualmente, é o único meio de

modificação formal da Constituição, já que, conforme dito acima, a possibilidade de utilização do procedimento de revisão esgotou-se.

3.1 – PROCESSO LEGISLATIVO

A elaboração de emendas à Constituição obedece às seguintes fases:

- (a) apresentação de uma proposta, por iniciativa de um dos legitimados pelo art. 60, incisos I a III;
- (b) apresentada a proposta, será ela discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos membros de cada uma delas;
- (c) sendo aprovada, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem;
- (d) sendo a proposta rejeitada ou havida por prejudicada, será arquivada, ficando vedada a possibilidade de a matéria ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Alguns aspectos merecem destaque, para fim de concurso público:

- 1º) no processo legislativo de elaboração de emenda à Constituição, as Casas Legislativas não funcionam como “casa iniciadora” e “casa revisora”. São dois turnos de votação em cada Casa, e a deliberação é autônoma;
- 2º) no processo legislativo de elaboração de emenda à Constituição, não há possibilidade de sanção e veto do Presidente da República ao Projeto de Emenda à Constituição – PEC. Da mesma forma, a emenda aprovada não será promulgada pelo Presidente da República, mas sim pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
- 3º) embora suscitada por alguns autores de renome, entre eles o Eminentíssimo Constitucionalista José Afonso da Silva, não há previsão constitucional de iniciativa popular para o processo de emenda à Constituição.

3.2 – HIERARQUIA

Com a aprovação da emenda constitucional, havendo respeito às limitações formais e materiais fixadas pelo art. 60 da Carta, passa ela a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias, já que produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente estipulado pelo poder constituinte originário.

Entretanto, caso haja desrespeito às limitações impostas pelo poder constituinte originário, a emenda será inconstitucional, devendo ser assim declarada e expurgada do ordenamento jurídico, com observância às regras de controle de constitucionalidade.

Portanto, é plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre as emendas constitucionais, tanto sob o aspecto material quanto sob o formal.

3.3 – LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA

É sabido que o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado reformador, submete-se às limitações constitucionais, devendo agir com estrita obediência aos seus termos, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade.

Essas limitações ao poder constituinte derivado (ou de reforma) são comumente classificadas em quatro grandes grupos:

- as limitações temporais;
- as limitações circunstanciais;
- as limitações materiais (explícitas e implícitas);
- as limitações formais (ou processuais).

As limitações temporais consistem na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais. A Constituição insere norma proibitiva de reforma de seus dispositivos por um prazo determinado. Não estão presentes na nossa vigente Constituição, sendo que no Brasil só a Constituição do Império estabelecia esse tipo de limitação, visto que, em seu art. 174, determinava que tão-só após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada.

Alguns Professores têm sustentado, em cursos preparatórios, a tese de existência de limitações temporais na nossa vigente Constituição. Argumentam que o fato de o constituinte ter diferido o processo de revisão para cinco anos após a promulgação da Carta (ADCT, art. 3º) consubstancia verdadeira limitação temporal.

Com a devida *venia*, não compartilho desse entendimento.

A limitação temporal, por definição, impede modificação da Constituição durante certo lapso temporal. É até verdade que o constituinte diferiu a possibilidade de revisão para cinco após a promulgação da Carta. Mas, indaga-se: durante esse lapso temporal de cinco anos a nossa Constituição poderia ter sido objeto de modificação, ou estava vedada essa possibilidade?

A resposta é positiva. A Constituição da República, em tese, poderia ter sido objeto de reforma no dia seguinte à sua promulgação, desde que por meio do procedimento de emenda, previsto no seu art. 60. Aliás, foram implementadas quatro Emendas Constitucionais (EC 1, de 31/03/92; EC 2, de 25/08/92; EC 3, de 17/03/93; EC 4, de 14/09/93) em datas anteriores àquela prevista para o início do procedimento de revisão (cinco anos após a promulgação da Carta – outubro de 1993). Ora, se a Constituição poderia ser modificada nesse período, não há que se falar em limitação temporal.

As limitações circunstanciais evitam modificações na Constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da reforma. A atual Constituição consagra tais limitações, ao vedar a emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º).

Em relação à intervenção, cabe ressaltar que somente a intervenção federal, de competência da União, obsta a aprovação de emenda do texto da Constituição da República. Essa intervenção federal, contudo, pode ser sobre um Estado da Federação, o Distrito Federal ou Municípios, estes apenas se integrantes de Território, nos exatos termos do art. 34 e 35 da Carta. Eventual intervenção de Estado em Município não impede a aprovação de emenda à Carta Política.

As limitações materiais excluem determinadas matérias ou conteúdo da possibilidade de reforma, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a sua destruição ou impliquem profunda mudança de sua identidade. Tais limitações podem ser explícitas ou implícitas.

As limitações materiais explícitas correspondem àquelas matérias que o constituinte definiu expressamente na Constituição como inalteráveis. O próprio poder constituinte originário faz constar na sua obra um núcleo imodificável. Tais limitações inserem-se, pois, expressamente, no texto constitucional e são conhecidas por “cláusulas pétreas”. Na vigente Constituição estão prescritas no art. 60, § 4º, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais”.

As limitações materiais implícitas são aquelas matérias que, apesar de não inseridas no texto constitucional, estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de implicar a

ruptura da ordem constitucional. Isso porque, caso pudessem ser modificadas pelo poder constituinte derivado, de nada adiantaria a previsão expressa das demais limitações. São apontadas pela doutrina três importantes limitações materiais implícitas, a saber:

(1) a titularidade do poder constituinte originário, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

(2) a titularidade do poder constituinte derivado, pois seria um despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário; e

(3) o processo da própria reforma constitucional, senão poderiam restar fraudadas as limitações explícitas impostas pelo constituinte originário.

As limitações processuais consubstanciam impedimento de ordem formal no rito de elaboração de emenda à Constituição. Na vigente Carta, o § 5º do art. 60 impede que matéria constante de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

3.4. – A EXPRESSÃO “TENDENTE A ABOLIR”

Essa expressão, inserida no *caput* do § 4º do art. 60 da Carta, aponta o verdadeiro sentido e alcance das chamadas cláusulas pétreas.

Evidentemente, não está ela a indicar que a Constituição proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a forma federativa de Estado” ou “fica abolido o voto direto, secreto, universal e periódico”. O dispositivo veda a elaboração de emenda que trate das referidas matérias e “tenda” para a sua abolição (indique tendência a abolir). Por exemplo, uma emenda que atribuísse a quaisquer dos Poderes competências que a Constituição só outorga a outro importaria tendência a abolir o princípio da separação dos Poderes. De igual modo, seria inconstitucional emenda que estabelecesse a nomeação, pelo Presidente da República, dos Governadores dos Estados ou dos Prefeitos, pois tendente a abolir a forma federativa de Estado, bem assim o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, o simples fato de uma emenda versar sobre tais matérias não a torna inconstitucional. É que o texto proíbe tão-só emenda “tendente a abolir” as matérias ali elencadas (incisos I a IV). Assim, caso o texto da emenda não restrinja os direitos e garantias individuais, não enfraqueça a forma federativa de Estado etc., nada haverá de inconstitucional.

3.5 - O ALCANCE DA CLÁUSULA PÉTREIA “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS”

A Constituição Federal, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, destinou o Capítulo I aos direitos e deveres individuais e coletivos, enunciando-os no art. 5º e seus setenta e sete incisos.

Indaga-se: os direitos e garantias individuais protegidos como cláusula pétrea se encontram restritos ao rol do art. 5º da CF?

O Supremo Tribunal Federal decidiu que não, entendendo que a garantia insculpida no art. 60, § 4º, IV, da CF alcança um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Nesse sentido, considerou o Tribunal que é cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, “b”, da Constituição (princípio da anterioridade tributária), entendendo que, ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional n. 3/93 deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da CF (ADIn 939-7/DF).

3.6 – SUPERAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA POR MEIO DA “DUPLA REVISÃO”

Indaga-se: o próprio art. 60 da Carta, que estabelece os procedimentos para a sua modificação, pode ser objeto de alteração por obra do poder constituinte derivado?

A resposta é negativa (conforme dito antes, trata-se de uma limitação material implícita ao poder de reforma). Nas Constituições que estabelecem proibições expressas de emendas sobre determinadas matérias, os dispositivos que contêm tais proibições também são imodificáveis. E a razão é muito simples: visa a evitar a superação das cláusulas pétreas explícitas por meio do procedimento chamado “dupla revisão”, isto é, que se proceda à revogação ou à alteração dos dispositivos proibitivos num primeiro momento e, num momento posterior, à introdução da disposição ou da modificação pretendida.

3.7 – REAPRESENTAÇÃO DE PEC REJEITADA NO MESMO ANO CIVIL

Determina o § 5º do art. 60 que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. Trata-se, conforme vimos, de uma limitação formal ou processual ao poder de reforma.

Sabemos que a Sessão Legislativa Ordinária – SLO tem início em 15 de fevereiro e término em 15 de dezembro do ano civil.

Indaga-se: matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada pode ser objeto de nova proposta no mesmo ano civil?

A resposta é positiva.

A Constituição prevê, no seu art. 57, a existência de duas sessões legislativas distintas: a Sessão Legislativa Ordinária – SLO e a Sessão Legislativa Extraordinária – SLE, esta a ser convocada nos casos constitucionalmente previstos.

Portanto, como a SLO só tem início em 15 de fevereiro, é possível, em tese, tenha sido convocada SLE dentro do período de janeiro a 14 de fevereiro, para apreciação de uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC. Nessa hipótese, sendo ela rejeitada ou havida por prejudicada na SLE, a matéria poderá ser objeto de nova PEC no mesmo ano civil, desde que apresentada na sessão legislativa seguinte, que é a SLO, iniciada em 15 de fevereiro.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao período de 16 a 31 de dezembro, no caso de eventual convocação de SLE nesse interregno.

3.8 – PROCESSO LEGISLATIVO FEDERAL E VINCULAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Estados-membros estão vinculados às regras do processo legislativo federal, inclusive quanto ao quorum de deliberação para reforma da Constituição Estadual, que não pode ser mais simples nem mais dificultoso do que o previsto na Constituição Federal (três quintos).

3.9 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE PEC

É sabido que, entre nós, o controle de constitucionalidade judicial é do tipo repressivo, incidindo sobre normas prontas, promulgadas e publicadas. O Poder Judiciário não aprecia, ordinariamente, a constitucionalidade de projetos de lei em trâmite nas Casas Legislativas, competência essa outorgada às Comissões Políticas daquele Poder.

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o controle judicial preventivo de Proposta de Emenda à Constituição – PEC quando tendente a abolir cláusula pétrea.

O entendimento do Tribunal é no sentido de que, na hipótese de PEC tendente a abolir cláusula pétrea, a inconstitucionalidade já está presente no próprio andamento do processo legislativo, uma vez que a Constituição não quer – em face da gravidade das deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente, ao prescrever, no art. 60, § 4º, que “não

será objeto de deliberação”. Nesse caso, frisa o STF, o próprio processo legislativo já desrespeita frontalmente a Constituição (RTJ 99/1031).

Esse controle, do tipo incidental, deverá ser efetivado via mandado de segurança, para obstar a deliberação da PEC.

A legitimação para a impetração do mandado de segurança pertence aos partícipes do processo legislativo, que têm direito líquido e certo a não participarem de procedimento vedado pela Constituição Federal.

3.10 – CLAÚSULAS PÉTREAS E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

“A Constituição Federal de 1988 é rígida”.

“A Constituição Federal de 1988 possui cláusulas pétreas”.

As duas assertivas acima estão corretas: a nossa Constituição é do tipo rígida, porque exige para a modificação de seu texto processo especial, solene, mais dificultoso do que aquele exigido para a elaboração das normas ordinárias; a nossa Carta possui cláusulas pétreas, expressamente previstas em seu art. 60, § 4º - o chamado núcleo imodificável.

Entretanto, as bancas examinadoras têm buscado confundir o candidato estabelecendo uma relação de interdependência entre tais características, afirmando, por exemplo, que “nossa Constituição é rígida, pois possui cláusulas pétreas”.

Ora, não há qualquer relação lógico-jurídica entre rigidez constitucional e existência de cláusulas pétreas: determinada Constituição pode ser rígida (exigir processo especial para sua modificação) e não possuir cláusulas pétreas (ser desprovida de núcleo imodificável); ou pode ser flexível (permitir a alteração de seu texto segundo procedimento ordinário) e possuir um núcleo imodificável (cláusulas pétreas).

Portanto, cuidado com esse tipo de questão em concurso, em que a conclusão apresentada, apesar de verdadeira, não decorre das premissas elencadas.

EXERCÍCIOS.

- 1) (CESPE/AUDITOR/INSS/2001) Suponha que uma emenda à Constituição resolva permitir a criação de um novo tributo, não previsto na Lei Maior, afastando, com relação a ele, expressamente, a incidência do princípio da anterioridade. Nesse caso, é correto afirmar que essa emenda é inconstitucional por ferir cláusula pétrea.
- 2) (ESAF/AFRF/2001) A Constituição prevê expressamente a possibilidade de ser emendada por proposta de um determinado número de cidadãos (iniciativa popular).
- 3) (ESAF/AFRF/2001) Somente em caso de urgência e relevância, é possível emendar a Constituição durante a vigência de intervenção federal.
- 4) (ESAF/AFRF/2001) Não cabe sanção ou veto do Presidente da República em proposta de Emenda à Constituição.
- 5) (ESAF/AFRF/2001) Emenda à Constituição não é suscetível de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal.
- 6) (ESAF/AFRF/2001) O Presidente da República tem iniciativa reservada para a proposta de emenda à Constituição sobre matéria relacionada a direitos e deveres de servidores públicos.
- 7) (ESAF/AFC/STN/2000) A análise do processo de reforma da Constituição brasileira permite afirmar que foi adotado entre nós um modelo de constituição rígida.
- 8) (ESAF/AFC/STN/2000) Um projeto de lei pode ser proposto à Câmara dos Deputados por iniciativa popular; a Constituição, porém, não prevê a possibilidade de o Congresso Nacional ser provocado a deliberar sobre proposta de Emenda à Constituição resultante diretamente de iniciativa popular.

- 9) (CESPE/AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL/2000) A Constituição da República pode ser classificada como rígida, em face da existência de normas que não podem ser modificadas pelos agentes políticos investidos do poder constituinte derivado (cláusulas pétreas).
- 10) (CESPE/TITULAR DE SERVIÇOS NOTARIAIS/TJDFT/2000) Na Constituição, há regras que podem ser modificadas pelo poder constituinte derivado e preceitos que não podem ser abolidos por aquele poder, os quais são identificados como cláusulas pétreas. Em virtude desse tratamento díspar atribuído a regras igualmente constitucionais, conclui-se que a Constituição vigente é semi-rígida.
- 11) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PCDF/2000) É expressa ou explícita a vedação ao poder reformador de se suprimir o artigo da Constituição da República que trata das cláusulas pétreas.
- 12) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) O poder constituinte derivado decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, possui limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade.
- 13) (ESAF/TCE/RN/2000) A matéria constante de proposta de emenda à Constituição, rejeitada num determinado ano, pode ser reapresentada no mesmo ano, desde que em sessão legislativa diferente.
- 14) (ESAF/TCE/RN/2000) A Constituição Federal pode ser emendada mediante proposta de um por cento do eleitorado nacional.
- 15) (ESAF/TCE/RN/2000) As emendas à Constituição devem receber a sanção do Presidente da República antes de serem promulgadas.
- 16) (ESAF/TCE/RN/2000) Sendo os direitos e garantias individuais cláusulas pétreas, estão proibidas as emendas à Constituição que tenham por objeto esse tema.
- 17) (ESAF/TCE/RN/2000) A Constituição de 1988 não conhece limitações temporais nem circunstâncias ao exercício do poder de emenda da Carta.
- 18) (ESAF/AFCE/TCU/2000) É pacífico, entre nós, que não existem limitações implícitas ao poder constituinte de reforma.
- 19) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Uma proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir uma cláusula pétrea não pode sequer ser levada à deliberação do Congresso Nacional.
- 20) (ESAF/AFCE/TCU/2000) As emendas à Constituição expressam meio típico de manifestação do poder constituinte originário.
- 21) (ESAF/AFCE/TCU/2000) A Constituição de 1988 contemplou ao Presidente da República a titularidade para promulgação das emendas Constitucionais.
- 22) (ESAF/AFCE/TCU/2000) O poder de reforma ou de emenda é um poder ilimitado na sua atividade de constituinte de primeiro grau.
- 23) (CESPE/AFCE/TCU/99) A reforma constitucional, no sistema constitucional brasileiro, não conhece limites materiais.
- 24) (CESPE/AFCE/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os princípios gravados com cláusula pétrea devem ser interpretados de forma tão estrita que a simples alteração de sua expressão literal, mediante emenda, pode significar uma violação da Constituição.
- 25) (CESPE/AFCE/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as cláusulas pétreas protegem direitos e garantias individuais que não integram expressamente o capítulo relativo aos direitos individuais.
- 26) (CESPE/AFCE/TCU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as disposições constitucionais transitórias não são modificáveis mediante emenda constitucional.

- 27) (ESAF/AGU/98) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enfatiza que as disposições protegidas pelas cláusulas pétreas não podem sofrer qualquer alteração.
- 28) (ESAF/AGU/98) Os direitos e garantias individuais protegidos por cláusula pétrea são somente aqueles elencados no catálogo de direitos individuais.
- 29) (ESAF/AGU/99) Segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, qualquer alteração que afete os direitos fundamentais configura lesão expressa à cláusula pétrea.
- 30) (ESAF/AGU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não só as normas constantes do catálogo de direitos fundamentais, mas também outras normas consagradoras de direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional podem estar gravadas com a cláusula de imutabilidade.
- 31) (ESAF/AGU/99) É vedada a alteração de disposições transitórias constantes do texto constitucional original.
- 32) (ESAF/AFTN/98) A Câmara dos Deputados atua como Casa revisora no que diz respeito a projetos de Emenda Constitucional aprovados pelo Senado Federal.
- 33) (ESAF/AFTN/98) É possível sustar, via mandado de segurança, o trâmite de projeto de emenda à Constituição que afronte cláusula pétrea.
- 34) (ESAF/AFTN/98) As chamadas cláusulas pétreas não podem sofrer qualquer modificação.
- 35) (ESAF/PFN/98) Dentro do poder de conformação da sua ordem constitucional, pode o Estado-membro estabelecer "quorum" para a aprovação de emenda constitucional mais rígido do que o previsto na Constituição Federal.
- 36) (ESAF/PFN/98) Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, o Estado-membro pode adotar modelo de revisão constitucional simplificado, tal como previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.
- 37) (ESAF/PFN/98) Nos termos da Constituição Federal, os projetos de lei e de emenda à Constituição deverão ser aprovados, necessariamente, pelo plenário da Câmara e do Senado Federal.
- 38) (ESAF/PFN/98) No processo de reforma constitucional, o Senado Federal atua como Casa revisora.
- 39) (ESAF/FISCAL TRABALHO/98) Segundo o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal, os direitos sociais são insuscetíveis de alteração mediante emenda constitucional.
- 40) (CESPE/DELEGADO PF/97) A Constituição brasileira em vigor permite e prevê a possibilidade de sua própria transformação, disciplinando os modos por meio dos quais sua reforma pode ocorrer; acerca da reforma constitucional, a doutrina é pacífica no sentido de que limitam a ação do poder constituinte derivado apenas as restrições expressas no texto constitucional.
- 41) (CESPE/TFCE/TCU/96) Uma proposta de emenda à Constituição, tendente a abolir a separação dos poderes, não deverá ser apreciada pelo Congresso Nacional. Todavia, se as Casas Legislativas vierem a aprová-la e promulgá-la, a proposição será válida, já que passará a integrar o texto constitucional.
- 42) (CESPE/AFCE/TCU/96) A matéria constante de projeto de lei ou de emenda constitucional somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.
- 43) (CESPE/DELEGADO PF/97) Assim como os demais produtos do processo legislativo, as emendas constitucionais estão sujeitas a controle de constitucionalidade, tanto formal quanto material; em consequência, poderá ser julgada inconstitucional a emenda à constituição que careça de sanção presidencial.

44) (CESPE/AGENTE PF/97) Na Constituição brasileira, as limitações à reforma constitucional conhecidas como cláusulas pétreas proíbem apenas emendas que extirpem, por inteiro, a forma federativa de Estado, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

45) (CESPE/AGENTE PF/97) Se uma proposta de emenda à Constituição (PEC) que vise estabelecer a nomeação, pelo Presidente da República, dos governadores dos estados federados seguir as normas constitucionais e regimentais aplicáveis ao processo de tramitação das PECs, nenhum óbice jurídico haverá à sua promulgação e entrada em vigor.

46) (CESPE/AGENTE/PF/97) Os únicos legitimados a apresentar proposta de emenda à Constituição são os membros do Congresso Nacional.

47) (CESPE/AGENTE/PF/97) Supondo que haja sido rejeitada uma proposta de emenda à Constituição abolindo o segundo turno nas eleições para cargos executivos no país, somente na sessão legislativa seguinte nova proposta com a mesma matéria poderá ser apresentada.

48) (CESPE/AGENTE/PF/97) Se o Presidente da República decretar intervenção federal em um estado-membro, isso terá como efeito colateral impedir a promulgação de qualquer proposta de emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional.

49) (CESPE/AGENTE/PF/97) A proposta de emenda à Constituição de iniciativa de deputado federal é votada apenas no Senado Federal; inversamente, a de iniciativa de senador é votada apenas na Câmara dos Deputados. Em ambos os casos, exige-se o quorum de três quintos para a aprovação da proposta.

50) (CESPE/AGENTE/PF/97) Considerando que a Constituição da República confere autonomia administrativa e financeira a cada um dos Poderes e define-lhes as competências, suponha uma proposta de emenda à Constituição que pretenda atribuir ao Poder Executivo as competências do Senado Federal, extinguindo-se esse órgão, mas mantendo a Câmara dos Deputados. À luz das normas constitucionais, essa proposta poderia tramitar regularmente no Congresso Nacional, mas, se viesse a ser aprovado, deveria ser vetada pelo Presidente da República.

51) (ESAF/AFC/96) Aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto de Emenda Constitucional pode ser vetado pelo Presidente da República.

52) (ESAF/AFC/96) Os Estados-membros não têm qualquer participação ou iniciativa, direta ou indireta, no processo de Emenda da Constituição Federal.

53) (ESAF/AFC/96) Os princípios constitucionais protegidos por cláusula pétrea não podem ser suprimidos por Emenda Constitucional.

54) (ESAF/AFC/96) A Constituição Federal brasileira pode ser modificada mediante iniciativa popular.

55) (ESAF/AFTN/96) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os direitos e garantias individuais gravados com a cláusula pétrea são apenas aquelas constantes do art. 5º da Constituição.

56) (CESPE/FISCAL/INSS/98) A proposta de emenda à Constituição que disponha sobre regime jurídico dos servidores públicos, importando aumento de despesa, é da iniciativa exclusiva do Presidente da República.

57) (CESPE/FISCAL/INSS/98) A proposta de emenda à Constituição votada e aprovada no Congresso Nacional não é submetida à sanção do Presidente da República antes de ser promulgada.

58) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Uma emenda à Constituição que institua a forma unitária de Estado é, ela própria, inconstitucional e pode ser assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

59) (CESPE/FISCAL/INSS/98) No quadro da hierarquia das normas, a emenda à Constituição situa-se no mesmo nível das normas produzidas pelo poder constituinte originário.

- 60) (CESPE/FISCAL/INSS/98) O texto constitucional admite expressamente que a Constituição seja emendada por meio de proposta de certo número de cidadãos do país.
- 61) (CESPE/FISCAL/INSS/97) Todo e qualquer artigo da Constituição pode ser alterado, desde que mediante emenda constitucional.
- 62) (CESPE/FISCAL/INSS/97) É inválida a proposta de emenda constitucional que tenha por objeto transformar o Brasil em Estado unitário.
- 63) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) A Constituição vigente é rígida, pois impede deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.
- 64) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) Ao contrário do que ocorre com um projeto de lei, a matéria constante de emenda constitucional rejeitada nunca poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.
- 65) (ESAF/AGU/96) A superação das cláusulas pétreas, no sistema constitucional brasileiro, pode-se dar pelo modelo da dupla revisão, procedendo-se à revogação ou à alteração da disposição proibitiva e à introdução da disposição ou da modificação pretendida.
- 66) (CESPE/ESCRIVÃO/PF/98) Embora as alterações da Constituição sejam obra e manifestação do poder constituinte, elas, no regime constitucional brasileiro, sofrem limitações de várias ordens.
- 67) (CESPE/ANALISTA/STM/99) Posto que é rígida a Constituição da República, a aprovação de emendas constitucionais requer especial procedimento, sendo necessárias a discussão da proposta em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, e a aprovação, mediante voto, de, pelo menos, dois terços dos respectivos membros.
- 68) (CESPE/PROCURADOR/INSS/99) As Assembléias Legislativas têm legitimidade constitucional para, individualmente, propor emenda à Constituição da República, desde que na Assembléia proponente a proposta haja contado com três quintos dos votos dos respectivos deputados estaduais.
- 69) (CESPE/PCDF/98) É possível estabelecer-se a prisão perpétua no Brasil, desde que esta seja a vontade do povo; para isso, seria conveniente uma consulta plebiscitária para legitimar a reforma constitucional.
- 70) (CESPE/PCDF/98) Seria inconstitucional uma emenda à CF para suprimir a vedação de sua reforma na vigência do estado de sítio.
- 71) (CESPE/PCDF/98) A matéria constante de proposta de emenda rejeitada pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, bastando que o autor seja diverso.
- 72) (CESPE/PCDF/98) A flexibilidade ou rigidez da CF está diretamente ligada à existência ou não de cláusulas pétreas.
- 73) (CESPE/PCDF/98) A reforma da CF processa-se em dois turnos de votação e requer maioria absoluta.
- 74) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/2000) Considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, já sofreu mais de trinta emendas constitucionais em apenas pouco mais de doze anos de vigência, é juridicamente correto afirmar que a Constituição brasileira é semi-rígida.
- 75) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/2000) A circunstância de uma determinada mudança formal do texto constitucional ter maior ou menor amplitude, vale dizer, de atingir maior ou menor quantidade de artigos constitucionais, é juridicamente irrelevante para caracterizá-la como reforma ou revisão constitucional.

76) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/2000) Juridicamente, a doutrina admite de maneira pacífica a possibilidade de o legislador constituinte derivado alterar os requisitos para a mudança da Constituição, com o fito de simplificá-los, seja quanto às limitações temporais, seja quanto às circunstâncias, seja quanto às materiais.

77) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Emenda à Constituição Federal válida tem o mesmo nível hierárquico das normas constitucionais dispostas pelo Poder Constituinte originário.

78) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) A Constituição não estabelece limitações temporais nem circunstanciais ao poder de reforma do seu texto.

79) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Uma emenda à Constituição não pode suprimir um direito individual fundamental previsto pelo poder constituinte originário.

80) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Uma mesma proposta de emenda à Constituição rejeitada pelo Congresso Nacional pode ser reapresentada na mesma sessão legislativa, desde que por requerimento de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação.

81) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Uma emenda à Constituição não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

82) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) O fato de a Constituição Federal em vigor poder ser alterada por um poder constituído, embora mediante um processo legislativo mais dificultoso e demorado do que o exigido para a elaboração de uma lei ordinária, define a Constituição brasileira como semi-rígida.

83) (ESAF/ASSIST. JURÍDICO/AGU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não só as normas constantes do catálogo de direitos fundamentais, mas também outras normas consagradoras de direitos fundamentais constantes do Texto Constitucional podem estar gravadas com a cláusula de imutabilidade.

GABARITO:

1C 2E 3E 4C 5E 6E 7C 8C 9E 10E 11E 12C 13C 14E 15E 16E 17E 18E 19C 20E 21E 22E 23E 24E 25C
26E 27E 28E 29E 30C 31E 32E 33C 34E 35E 36E 37E 38E 39E 40E 41E 42E 43E 44E 45E 46E 47C
48C 49E 50E 51E 52E 53C 54E 55E 56E 57C 58C 59C 60E 61E 62C 63E 64C 65E 66C 67E 68E 69E
70C 71E 72E 73E 74E 75C 76E 77C 78E 79C 80E 81E 82E 83C

AULA Nº 35: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

1) NOÇÕES

A previsão constitucional para que o Supremo Tribunal Federal aprecie ato que atente contra preceito fundamental da Carta está no art. 102, § 1º, nos seguintes termos:

“A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Esse dispositivo constitucional não havia sido regulamentado até o advento da Lei n.º 9.882, de 1999, que veio dispor sobre o processo e julgamento da chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, nos termos a seguir explicitados.

Referido instituto veio completar o nosso sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, fortalecendo o chamado controle abstrato de normas, antes exercido apenas por meio da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Antes de adentrarmos no exame dos principais aspectos concernentes à ADPF, uma ressalva.

A sua instituição não alterou os fundamentos do controle incidental de normas brasileiro, conforme alhures estudado. Assim, juízes e tribunais continuam a decidir questões constitucionais, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do texto constitucional mediante o julgamento de recursos extraordinários contra as decisões proferidas em casos concretos. A Lei nº 9.882/99 apenas instituiu, ao lado da ADIN e da ADC, uma nova ação - a ADPF - que permite seja levada diretamente à apreciação do Supremo Tribunal Federal controvérsia constitucional.

2) PRECEITO FUNDAMENTAL

A Lei nº 9.882/99 não enumerou aqueles dispositivos constitucionais que devem ser tidos por “preceitos fundamentais”, para dar ensejo à propositura de ADPF. Aliás, agiu bem o legislador ordinário, pois certamente não dispõe de competência para tanto.

Para o Prof. José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 11ª Edição, p. 530), “preceitos fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos fundamentais (Título II da CF)”.

Estariam entre eles os princípios fundamentais (forma federativa do Estado, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, independência e harmonia entre os Poderes), os direitos e garantias individuais (CF, art. 5º), bem assim as cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º). Enfim, seriam aqueles essenciais, preponderantes, superiores – aquelas regras nucleares, linhas mestras do Estado Brasileiro.

De qualquer forma, a doutrina é pacífica no sentido de que a competência para a identificação dos preceitos fundamentais é do Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete da Constituição. Assim, caberá àquele Tribunal, diante de cada caso levado ao seu conhecimento, identificá-los.

3) NATUREZA SUPLETIVA DA ADPF

Reza a Lei nº 9.882/99 (art. 4º, § 1º):

“Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Como se vê, a ADPF é ação especial, excepcional, subsidiária, remédio último, extremo: somente será cabível quando tenham sido esgotadas as vias normais do controle jurisdicional de constitucionalidade, que, entre nós, já são muitas e diversificadas (ADIn, ADC, MS etc.).

Significa dizer que é pressuposto para a propositura da ADPF o esgotamento de todas as vias judiciais que poderiam sanar a lesividade apontada. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal não conhecerá da ADPF quando houver outro meio processual, eficaz, para sanar a lesividade.

Em verdade, considerando que o nosso sistema de controle de constitucionalidade já possui diversas ações e recursos (ADIn, ADC, MS, Recurso Extraordinário etc.), e sendo a ADPF uma ação supletiva, subsidiária, pode-se concluir que sua utilização somente será possível em casos muito raros e limitados.

4) JURISPRUDÊNCIA DO STF

Considerando a data recente da instituição da ADPF, bem assim a sua natureza de subsidiariedade antes comentada, poucas foram as arguições impetradas perante o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, da análise das decisões prolatadas pelo Tribunal, podemos destacar as seguintes orientações:

“É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade”. (ADPF/QO 3 - CE, rel. Min. S. Sanches, 18.5.2000).

“É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental contra veto do Chefe do Executivo a projeto de lei, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99”. (ADPF/QO 1 - RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 3.2.2000).

5) JULGAMENTO E OBJETO

A competência para o processo e julgamento da ADPF é do Supremo Tribunal Federal.

A ADPF terá por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público, bem assim quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Observa-se que a ADPF será cabível diante de duas hipóteses distintas:

1ª) diante de ato (ou ameaça da prática de ato) do Poder Público que lesione preceito fundamental, visando a evitar ou reparar tal lesão;

2ª) diante da existência de relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Observa-se que a primeira hipótese cuida de ação em face de ato *in genere* praticado pelo Poder Público, contra um ato efetivo do Poder Público. O Poder Público pratica um ato ilegítimo, ou está prestes a praticá-lo, violando preceito fundamental da Carta da República, cujos efeitos lesivos podem ser evitados ou reparados por meio da ADPF.

Na segunda hipótese permite-se atacar, *in abstracto*, lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, cuja controvérsia tenha fundamento relevante. Anote-se que, nesse caso, não se exige, para a propositura da ADPF, a prática de um ato *in genere* pelo Poder Público – basta a existência de uma controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os pré-constitucionais.

6) DIREITO MUNICIPAL E DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL

É sabido que a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, somente pode ter por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual. Por outro lado, a ação declaratória de constitucionalidade – ADC só admite a aferição de lei ou ato normativo federal. Esses os termos do art. 102, I, “a”, da Constituição Federal.

As leis e atos normativos municipais, ainda que flagrantemente contrários à Constituição Federal, não podem ser objeto de ADIn perante o Supremo Tribunal Federal; igualmente, a aferição da constitucionalidade de uma norma municipal não pode realizar-se em sede de ADC perante aquele Tribunal.

O controle da constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal somente era efetivado na via incidental, quando, por meio do Recurso Extraordinário, a controvérsia chegava ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Não havia hipótese de se levar, diretamente, à apreciação do Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre Direito Municipal.

A Lei nº 9.882/99 mudou essa situação, ao permitir que se leve, diretamente, ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre lei ou ato normativo municipal.

Houve também alteração no que se refere à aferição da legitimidade das normas anteriores à vigente Constituição, do chamado direito pré-constitucional.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido do descabimento de controle abstrato de normas, via ADIn ou ADC, do chamado direito pré-constitucional. Segundo o Tribunal, a validade de uma norma anterior à Constituição não está afeta ao controle de constitucionalidade, mas

sim ao chamado conflito de leis no tempo, devendo ser examinada no âmbito do Direito Intertemporal.

A Lei nº 9.882/99 inovou na matéria, passando a permitir a aferição do direito pré-constitucional diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ADPF, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal “incluídos os anteriores à Constituição” (Lei n.º 9.882/99, art. 1º, parágrafo único).

Feitas essas considerações, cabe ressaltar que não se pode mais afirmar que “leis municipais e direito pré-constitucional não podem ser objeto de controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal”. A partir da Lei nº 9.882/99 essa assertiva restou prejudicada, uma vez que a ADPF está inserida no âmbito do controle abstrato e admite como seu objeto direito pré-constitucional e lei ou ato normativo municipal.

Antes de prosseguirmos, uma última indagação: leis e atos normativos municipais podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade?

A resposta é afirmativa. O direito municipal pode ser objeto de ADIn, nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, desde que a impugnação da norma seja em face da Constituição Estadual, perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

7) LEGITIMAÇÃO

Podem propor argüição de descumprimento de prefeito fundamental os mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), quais sejam:

- (1) o Presidente da República;
- (2) a Mesa do Senado Federal;
- (3) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- (4) a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- (5) o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;
- (6) o Procurador-Geral da República;
- (7) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- (8) partido político com representação no Congresso Nacional; e
- (9) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O dispositivo da Lei nº 9.882/99 que reconhecia legitimidade para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” foi vetado pelo Presidente da República (art. 2º, § 2º, II).

8) MEDIDA LIMINAR

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n.º 9.882/99, art. 5º).

Ademais, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (Lei n.º 9.882/99, art. 5º, § 1º).

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (Lei n.º 9.882/99, art. 5º, § 3º).

9) PARTICIPAÇÃO DE OUTROS ÓRGÃOS

O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

Ademais, se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei nº 9.882/99, art. 6º, § 1º).

10) EFEITOS DA DECISÃO

A decisão terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, sendo efetivada a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (Lei n.º 9.882/99, art. 10º).

Anote-se que a referida lei conferiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas na arguição de descumprimento de preceito fundamental, passando a existir, no direito brasileiro, três previsões expressas concessivas de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal:

(1) uma previsão constitucional, para as decisões de mérito proferidas em sede de ADC (CF, art. 102, § 2º);

(2) uma previsão legal, para o caso de decisão proferida em ADIn (Lei n.º 9.868/99, art. 28, parágrafo único); e

(3) outra previsão legal, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF (Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3º).

11) POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STF

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (Lei n.º 9.882, art. 11).

Esse dispositivo estabeleceu, entre nós, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais e mediante quorum qualificado de dois terços, conferir limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

A nosso ver, agiu bem o legislador, pois a ortodoxa declaração de inconstitucionalidade com eficácia sempre retroativa (nulidade), de leis aplicadas há muitos anos, pode acarretar problema de difícil solução, razão por que, muitas vezes, os tribunais se vêem impossibilitados de declarar a inconstitucionalidade, para evitar situação de comoção social ou de grande instabilidade jurídica.

12) RECLAMAÇÃO E AÇÃO RESCISÓRIA

A não-observância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental, dada a sua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado, hipótese em que é cabível reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno (Lei n.º 9.882, art. 13).

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

EXERCÍCIOS.

1) As leis municipais não podem ser objeto de controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal.

2) No Brasil, as leis municipais não podem ser objeto de controle de constitucionalidade abstrato.

3) No Brasil, as leis municipais não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

4) As leis municipais não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5) O direito pré-constitucional não pode ser objeto de controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal.

6) O direito pré-constitucional não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

7) As leis municipais podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, desde que perante o Tribunal de Justiça, em face da Constituição Estadual.

8) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.

9) Se é caso para ação direta de inconstitucionalidade, não cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental.

- 10) Os legitimados para a instauração do processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos sujeitos que podem ingressar com ação direta de inconstitucionalidade.
- 11) Assim como na ação direta de inconstitucionalidade, somente leis ou atos normativos federais e estaduais podem ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.
- 12) A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental é dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante.
- 13) É cabível a concessão de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.
- 14) Com a instituição da ação de descumprimento de preceito fundamental, passamos a ter quatro ações distintas no âmbito do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de segurança.
- 15) Qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público pode propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5E 6C 7C 8E 9C 10C 11E 12C 13C 14E 15E

AULA Nº 36: HIERARQUIA DAS LEIS

1) NOÇÕES

A identificação de hierarquia vertical entre as diversas espécies normativas é um dos temas objeto de grande controvérsia entre os constitucionalistas brasileiros.

Existe hierarquia entre normas constitucionais originárias (oriundas do poder constituinte originário) e normas constitucionais derivadas, resultantes de reforma constitucional? A lei complementar, em razão de ser aprovada por maioria absoluta, é superior hierarquicamente à lei ordinária? Existe relação hierárquica entre uma lei ordinária e uma resolução do Congresso Nacional? Existe relação hierárquica entre lei federal, estadual e municipal? Essas são apenas algumas indagações que freqüentemente me são feitas em sala de aula e que tentarei clarear a seguir.

É sabido que a Constituição da República é do tipo rígida, pois requer para sua modificação processo especial e mais dificultoso do que aquele exigido para a elaboração das leis. A rigidez, por sua vez, tem como decorrência imediata o chamado princípio da supremacia da Constituição: se as normas constitucionais são elaboradas mediante procedimento mais dificultoso do que aquele das demais leis, isso significa que a Constituição está em um patamar de superioridade em relação a estas. Logo, todas as demais normas devem obediência aos ditames e princípios constitucionais, sob pena de incorrerem no vício de inconstitucionalidade.

Portanto, no que se refere à relação hierárquica entre a Constituição e as demais normas infraconstitucionais não há divergências: vigora o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual as normas Constitucionais, obra do poder constituinte originário, estão num patamar de superioridade em relação as demais leis, servindo de fundamento de validade para estas.

2) O ART. 59 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Reza o art. 59 da Constituição Federal:

"Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis."

Como se vê, estão aí elencadas as diferentes espécies normativas do nosso ordenamento, tendo sido abolida a figura do chamado decreto-lei, presente na Constituição pretérita.

Esse dispositivo constitucional pode levar o leitor, num primeiro momento, à idéia de que ele estabelece em seus incisos uma hierarquia vertical entre as espécies normativas: as emendas à Constituição seriam superiores hierarquicamente às leis complementares, que por sua vez seriam superiores às leis ordinárias, que seriam superiores às leis delegadas, que seriam superiores às medidas provisórias, que seriam superiores aos decretos legislativos que, finalmente, estariam num patamar de superioridade em relação as resoluções.

Esse entendimento, porém, não prospera.

Em verdade, o art. 59 da Constituição não teve essa preocupação. Com exceção das emendas à Constituição, todas as demais normas se situam no mesmo plano hierárquico. Leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções são espécies normativas primárias, isto é, que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição. O que as distingue uma das outras são alguns aspectos no processo de sua elaboração e o campo de atuação de cada uma delas. Desrespeitados o processo de elaboração ou o campo de atuação, haverá inconstitucionalidade formal.

Trata-se, portanto, de área de atuação distinta – e não de relação hierárquica. Cada uma das espécies tem o seu campo de atuação específico, que não pode ser invadido por outra.

Os conflitos entre essas espécies normativas são sempre por invasão de competência de uma pela outra – não há falar em hierarquia. Por isso, a solução do conflito será sempre em face da Constituição: se uma espécie invadir o campo de atuação de outra incorrerá em inconstitucionalidade, por ofensa direta à Constituição (pois esta estabeleceu campo próprio de atuação para cada uma delas).

Assim, se a Constituição exige para o trato de determinada matéria uma espécie legislativa primária, esta não pode ser validamente substituída por outra. Mas isso não se deve à existência de hierarquia entre elas, e sim, em virtude de possuírem campo específico de atuação, à invasão de competência.

Vejamos dois exemplos que auxiliarão no entendimento.

Exemplo 1: A Constituição Federal exige resolução do Senado Federal para a fixação das alíquotas do ICMS nas operações interestaduais e de exportação (CF, art. 155, § 2º, IV).

Significa dizer que para cuidar dessa matéria – fixação de alíquota do ICMS nas operações interestaduais e de exportação – a Constituição EXIGE o instrumento “resolução do Senado Federal”. Caso tais alíquotas sejam fixadas mediante lei ordinária, ou mesmo por lei complementar, haverá inconstitucionalidade formal, em razão de invasão (indevida) do campo de atuação da resolução do Senado por lei.

Anote-se que, a princípio, poder-se-ia argumentar o seguinte: ora, a resolução do Senado Federal é aprovada apenas pelos Senadores, enquanto as leis são aprovadas por estes e pela Câmara dos Deputados; logo, a lei representaria um plus em relação a resolução, e, como tal, poderia substituí-la legitimamente. Enfim, a lei, tendo um processo legislativo mais complexo do que a resolução, não poderia cuidar da matéria reservada a esta espécie legislativa?

A resposta é NÃO. Se a Constituição exige resolução, esta a espécie normativa que deve regular a matéria.

Aliás, nesse exemplo fica fácil entender os motivos da outorga dessa competência ao Senado Federal, senão vejamos.

O ICMS é um imposto de competência dos Estados-membros. Ora, qual a Casa Legislativa que representa os Estados-membros, com o mesmo número de representantes, garantindo assim o equilíbrio federativo? O Senado Federal, nos termos expressos do art. 46 da Constituição Federal. Em relação a essa matéria, portanto, houve por bem o legislador constituinte deixá-la no âmbito da competência do Senado, excluindo a participação da Câmara dos Deputados no processo legislativo (por isso optou pela resolução do Senado, e não por lei).

Exemplo 2: A Constituição estatui, no seu art. 68, a possibilidade de delegação legislativa, vale dizer, a possibilidade de o Congresso Nacional delegar competência para que o Presidente da República elabore as chamadas leis delegadas.

Trata-se, como se sabe, de uma das mais expressivas exceções ao princípio da divisão dos Poderes, em que o Executivo substitui o Legislativo na chamada função legislativa. Outra exceção, de mesma envergadura, é a possibilidade de o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei, nos termos do art. 62 da Carta.

Observa-se, porém, que o constituinte exige que a delegação seja efetivada mediante RESOLUÇÃO do Congresso Nacional. Em outras palavras: houve por bem o legislador reservar esse campo de atuação para a espécie normativa RESOLUÇÃO.

Novamente a mesma indagação: não poderia o Congresso Nacional substituir a espécie RESOLUÇÃO, efetivando a delegação ao Presidente da República por meio de uma lei aprovada pelas duas Casas Legislativas?

Não. Haveria inconstitucionalidade formal, por invasão do campo de atuação da resolução por uma lei. Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é mansa nesse sentido (ADIn 1296-7).

Portanto, embora seja amplo e residual o campo de atuação da lei ordinária, é certo que essa espécie legislativa não pode tratar de qualquer matéria, devendo ser retiradas de sua competência aquelas matérias constitucionalmente reservadas à lei complementar, bem assim aquelas de competência exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49), as privativas da Câmara dos Deputados e do Senado

Federal (CF, arts. 51 e 52), pertencentes ao âmbito de atuação dos decretos legislativos e das resoluções.

3) ESPÉCIES NORMATIVAS PRIMÁRIAS

De relevo notar que o art. 59 da Carta só enumera as chamadas espécies normativas primárias, isto é, que retiram seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional.

Exatamente por isso - todas têm seu fundamento de validade haurido diretamente da Constituição - não se pode falar em hierarquia vertical entre as espécies normativas ali elencadas. Isso porque, para a melhor doutrina, a noção de hierarquia traz implícita a idéia de fundamento de validade. Enfim, uma lei é hierarquicamente inferior à Constituição por que tem o seu fundamento de validade retirado do texto constitucional. Não traz referido artigo qualquer menção aos chamados atos normativos secundários.

As espécies normativas secundárias têm a sua validade subordinada aos comandos de outra espécie normativa, não retiram diretamente da Constituição esse fundamento. Assim, um decreto do Presidente da República é uma espécie normativa secundária, pois não tem seu fundamento de validade haurido diretamente da Constituição. O decreto do Executivo, por força do art. 84 da Constituição, tem função de regulamentar as leis, explicitando seus comandos, facilitando a sua aplicação. Logo, seu fundamento de validade é a lei por ele regulamentada: caso o decreto extravase os ditames da lei incorrerá em ilegalidade.

4) EMENDAS À CONSTITUIÇÃO E NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS

As emendas à Constituição têm a mesma força hierárquica das normas constitucionais originárias, uma vez que são elaboradas segundo os comandos traçados pelo legislador constituinte originário. Assim, havendo respeito ao procedimento e às limitações impostos pelo poder constituinte originário, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com a mesma posição hierárquica das demais normas constitucionais originárias.

Mas, por ser as emendas constitucionais resultado da atuação do poder constituinte derivado, uma distinção há que ser feita entre elas e as demais normas constitucionais originárias.

Com efeito, sendo as emendas resultantes do poder constituinte derivado e não do poder constituinte originário, sofrem elas limitações de ordem material, circunstancial e processual, previstas no art. 60 da Carta. Logo, se qualquer dessas limitações for desrespeitada, a emenda constitucional incorrerá em inconstitucionalidade, devendo ser retirada do ordenamento jurídico segundo as regras do controle de constitucionalidade.

Esta, portanto, a distinção a ser feita entre as normas constitucionais originárias e as resultantes de emenda à Constituição: aquelas são obra do poder constituinte originário, não estando sujeitas a controle de constitucionalidade; estas são resultado do poder constituinte derivado, podendo ter aferida sua legitimidade por meio do controle de constitucionalidade.

5) LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA

Um dos temas objeto de grandes discussões na doutrina tem sido a existência ou não de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, havendo argumentos razoáveis de ambos os lados.

Aqueles que defendem a tese pela existência de hierarquia argumentam que o constituinte, ao trazer a lei complementar como espécie normativa diferenciada no art. 59 e ao exigir quorum especial para sua aprovação no art. 62, posicionou-a numa escala intermediária entre as leis ordinárias e a Constituição. Enfim, estaria a lei complementar numa posição hierárquica imediatamente abaixo das normas constitucionais, acima das leis ordinárias.

Por outro lado, os que refutam a tese da existência de hierarquia argumentam que ambas as leis - complementares e ordinárias - são espécies normativas primárias, que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, não havendo, por conseguinte, que se falar em hierarquia. Tratar-se-ia, apenas, de uma questão de campos de atuação distintos (*ratione materiae*).

É certo que o legislador constituinte outorgou à lei complementar uma relativa rigidez, ao exigir para a sua aprovação maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso Nacional. Atualmente, considerando a composição das Casas do Congresso Nacional (Câmara 513 Deputados; Senado 81 Senadores), para a aprovação de uma lei complementar é necessária a aprovação de 257 Deputados e de 41 Senadores, independentemente do número de congressistas presentes à sessão.

A aprovação das leis ordinárias é bem mais simples, pois depende apenas da chamada maioria simples ou relativa, isto é, exige a maioria dos votos desde que presentes na sessão a maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa. Logo, o quorum de maioria simples é um número variável, dependendo do número de congressistas presentes à sessão. A Constituição apenas exige um quorum mínimo para a deliberação, que é a maioria dos membros da Casa.

Assim, por exemplo, se presentes na sessão 257 Deputados, a aprovação da lei ordinária dependerá de aprovação de 129 Deputados; se presentes 300 Deputados, a aprovação dependerá de 151 votos; se presentes 250 Deputados, não haverá quorum para a deliberação, pois a Constituição exige quorum mínimo de maioria absoluta para a instalação da sessão (atualmente de 257 Deputados).

É verdade, também, que a lei complementar possui campo material próprio, expressamente delineado na Constituição. O Constituinte, ao longo do texto constitucional, reservou certas matérias à lei complementar, dispondo que "Lei complementar disporá sobre...", "A União, mediante lei complementar, poderá ...", "Cabe à lei complementar..." etc.

Em suma, a lei complementar caracteriza-se por dois pontos: pelo campo próprio de atuação expressamente delineado na Constituição e pelo quorum especial para sua aprovação (maioria absoluta), diferente daquele exigido para a aprovação da lei ordinária.

A tese que prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi a da não existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Para o Tribunal, não existe hierarquia entre tais espécies normativas; a distinção entre elas deve ser aferida em face da Constituição, considerando o campo de atuação de cada uma.

Assim, entende o Tribunal que a lei complementar só é tal na medida em que disciplina matéria especificamente prevista na Constituição a ser veiculada por essa categoria normativa. Só pela matéria indicada em dispositivo constitucional é que se identifica uma lei complementar. Enfim, a lei só será MATERIALMENTE LEI COMPLEMENTAR quando tratar de matéria para a qual a Constituição exige tal tipo de lei. Fora disso, a lei será LEI MATERIALMENTE ORDINÁRIA, pouco importando o quorum que venha a ser aprovada ou a denominação formal que receba no Congresso Nacional.

Como corolário desse entendimento, temos as seguintes orientações emanadas do Supremo Tribunal Federal:

- 1) Não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas sim campos específicos de atuação de cada uma dessas espécies normativas;
- 2) Só é lei complementar material aquela aprovada por maioria absoluta pelas Casas do Congresso Nacional e que trate de matéria reservada pela Constituição para esse tipo de lei;
- 3) Lei ordinária, lei delegada e medida provisória não podem regular matéria reservada pela Constituição à lei complementar, sob pena de incorrerem em vício de inconstitucionalidade formal;
- 4) Lei complementar pode tratar de matéria ordinária, sem incorrer em vício de inconstitucionalidade formal, mas nesse caso tal lei será apenas FORMALMENTE complementar - será MATERIALMENTE ordinária, isto é, o conteúdo dessa lei permanecerá com status ordinário. Logo, poderá ser posteriormente modificada/revogada por lei ordinária.

6) TRATADOS INTERNACIONAIS

No Brasil, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendium do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Após a celebração pelo Presidente da República, a competência para a aprovação desses atos internacionais é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), que o fará por meio de decreto legislativo. Para que o ato tenha eficácia no direito interno brasileiro é necessário, ainda, que lhe seja dado publicidade, o que é feito mediante decreto do Presidente da República.

Assim, os tratados internacionais são submetidos a todo esse procedimento legislativo antes de adquirirem força obrigatória no ordenamento jurídico interno. Após a ratificação pelo Presidente da República, os tratados internacionais adquirem status de lei federal ordinária no ordenamento nacional.

A força hierárquica de um tratado internacional no Brasil é, portanto, de mera lei federal ordinária.

7) LEIS FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS

No Brasil, Estado Federado, a Constituição Federal fundamenta a validade de todas as regras jurídicas da União, dos Estados e dos Municípios. Uma lei federal só é válida se estiver no seu âmbito de atuação, traçado na Constituição Federal. Uma lei estadual vale enquanto esteja de acordo com a esfera de competência do Estado para regular determinada matéria, nos termos da mesma Constituição Federal. Da mesma forma, uma lei municipal retira seu fundamento de validade no rol de competência que foi conferido ao Município pela Constituição Federal.

Assim, se uma lei federal invade a competência estadual ou municipal, torna-se inválida e inconstitucional. Porém, por óbvio, não se trata de hierarquia, mas de conflito de competências, a ser resolvido sempre com base na Constituição Federal.

Não há, portanto, que se falar em hierarquia entre normas oriundas de entes estatais distintos, autônomos, como na nossa Federação. Em caso de conflito entre lei federal, estadual e municipal, prevalecerá sempre aquela competente para o trato da matéria. Caso a lei federal esteja, por exemplo, invadindo competência do município, a lei municipal é que prevalecerá.

Há, porém, hierarquia entre a Constituição Federal, Constituição dos Estados, Lei Orgânica do Distrito Federal e Lei Orgânica dos Municípios, na seguinte ordem: num patamar de superioridade, temos a Constituição Federal; num nível imediatamente inferior temos as Constituições dos Estados e a Lei Orgânica do Distrito Federal; num patamar inferior, devendo obediência à Constituição do Estado e à Constituição Federal, temos a Lei Orgânica dos Municípios.

8) QUADRO-RESUMO DA HIERARQUIA DAS LEIS

Considerando os aspectos até aqui expostos, podemos apresentar, resumidamente, o seguinte quadro de hierarquia vertical das espécies normativas no Direito brasileiro:

Constituição / Emendas à Constituição
LC / LO / LD / MP / DL / Resoluções / Tratados Internacionais
Atos normativos (infralegais)

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Emenda à Constituição Federal válida tem o mesmo nível hierárquico das normas constitucionais dispostas pelo Poder Constituinte originário.
- 2) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Leis complementares federais estão num patamar hierárquico superior ao das leis ordinárias estaduais.
- 3) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Norma da Constituição Estadual que conflita com lei ordinária federal prevalece sobre esta, no âmbito do Estado-membro, por ser de hierarquia mais elevada.
- 4) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Pacificou-se a doutrina e a jurisprudência no sentido de que os tratados internacionais de que o Brasil faz parte, quando versam direitos individuais, têm força de normas constitucionais.
- 5) (CESPE/STM/99) As leis complementares são requeridas quando há expressa indicação da Constituição da República e são aprovadas por maioria absoluta.
- 6) (CESPE/AFCE/TCU/95) A hierarquia das normas jurídicas no Brasil faz com que às leis federais subordinem-se os decretos federais, e a estes, as leis estaduais.
- 7) (CESPE/AFCE/TCU/95) A hierarquia das normas jurídicas no Brasil faz com que os tratados internacionais, depois de aprovados e ratificados pelo Brasil, tenham status afim com o de uma lei ordinária.
- 8) (CESPE/AFCE/TCU/95) A hierarquia das normas jurídicas no Brasil faz com que exista uma diferença, entre leis complementares e leis ordinárias, contida na reserva constitucional do conteúdo das primeiras e no quorum diverso para sua aprovação.
- 9) (ANALISTA JUDICIÁRIO/TRT/9ª REGIÃO) É correto afirmar que a Lei Complementar é hierarquicamente superior à Lei Ordinária.
- 10) (ANALISTA JUDICIÁRIO/TRT/9ª REGIÃO) É correto afirmar que a Lei Complementar é espécie normativa destinada a especificar apenas dispositivo constitucional de eficácia contida.

- 11) (ANALISTA JUDICIÁRIO/TRT/9ª REGIÃO) É correto afirmar que a Lei Complementar é expressamente prevista na Constituição para normatizar matérias certas e exige para sua aprovação quorum de maioria absoluta.
- 12) (ANALISTA JUDICIÁRIO/TRT/9ª REGIÃO) É correto afirmar que a Lei Complementar é hierarquicamente superior à Lei Ordinária e utilizada para legislar sobre matéria constitucional relevante, a critério do Poder Legislativo.
- 13) (CESPE/FISCAL/INSS/97) As emendas constitucionais não são passíveis de controle de constitucionalidade, por serem normas que passam a integrar a própria Constituição.
- 14) (CESPE/FISCAL/INSS/97) As leis complementares diferem das ordinárias porque, quanto à matéria, a Constituição estabelece quando é o caso de uma e quando é o de outra. Ademais, o quorum de aprovação é diverso para cada uma dessas espécies.
- 15) (CESPE/FISCAL/INSS/98) No quadro da hierarquia das normas, a emenda à Constituição situa-se no mesmo nível das normas produzidas pelo poder constituinte originário.
- 16) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Sabendo que a Constituição estabelece que lei complementar disporá sobre dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo poder público, é correto afirmar que essa mesma matéria não pode ser regulada por meio de medida provisória.
- 17) (CESPE/FISCAL/INSS/98) A medida provisória não pode regular diferentemente assunto já disciplinado por lei ordinária.
- 18) (CESPE/FISCAL/INSS/98) As leis complementares não têm a mesma posição hierárquica das normas constitucionais que regulam.
- 19) (CESPE/FISCAL/INSS/97) A circunstância de uma lei complementar ter tratado exclusivamente de matéria reservada à lei ordinária não a torna formalmente inconstitucional.
- 20) (CESPE/FISCAL/INSS/97) A lei complementar que trata exclusivamente de matéria reservada à lei ordinária poderá ser revogada por lei ordinária superveniente.
- 21) (CESPE/CONSULTOR DO SENADO/96) Pelo texto da Constituição Federal, é correto afirmar que, no processo contemporâneo de elaboração normativa, existe, ao lado da lei, outro ato normativo primário geral.
- 22) (CESPE/CONSULTOR DO SENADO/96) A importância da lei no estado de direito é indiscutível: ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; com isso, é correto afirmar que, em tudo, pode imiscuir-se a lei ordinária. Há, inclusive, um domínio constitucionalmente reservado à lei ordinária, mas não há um domínio vedado à mesma.
- 23) (CESPE/PROCURADOR/INSS/96) A disciplina normativa relativa à elaboração, à redação, à alteração e à consolidação das leis deve ser veiculada em lei complementar.
- 24) (ESAF/AGU/96) No modelo constitucional de 1988, todas as leis devem ser aprovadas pela maioria dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
- 25) (ESAF/AGU/96) É lei complementar toda aquela votada como tal pelo Congresso Nacional.
- 26) (ESAF/AFRF/2001) Decretos legislativos são atos regulamentares, editados pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, para facilitar a execução das leis no âmbito da estrutura interna do Congresso Nacional.
- 27) (ESAF/AFRF/2001) Lei ordinária é superior hierarquicamente à medida provisória.
- 28) (ESAF/AFRF/2001) A Constituição permite a edição de lei delegada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, em matérias pertinentes à estrutura do Poder Judiciário.
- 29) (ESAF/AFRF/2001) Não há diferença hierárquica entre lei complementar e lei ordinária.
- 30) (ESAF/AFC/STN/2000) De acordo com o direito brasileiro, as normas de tratados internacionais de que o Brasil faz parte têm prevalência sobre as leis e as emendas à Constituição.
- 31) (ESAF/AFC/STN/2000) A Constituição estabelece uma hierarquia entre as normas, em que as emendas à Constituição estão em patamar mais elevado, vindo em seguida as leis complementares, que são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, que, por seu turno, são hierarquicamente superiores aos decretos legislativos.

32) (ESAF/AFC/SFC/2000) As leis federais são, por definição, superiores hierarquicamente às leis estaduais.

33) (ESAF/AFC/SFC/2000) Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais protegidas como cláusulas pétreas são superiores hierarquicamente às demais normas constitucionais.

34) (ESAF/AFC/SFC/2000) Não existe hierarquia entre as normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 e as normas que compõem o corpo principal da mesma Constituição.

35) (ESAF/AFC/SFC/2000) As emendas à Constituição são hierarquicamente inferiores às normas da Constituição editadas pelo Poder Constituinte originário.

GABARITO:

1C 2E 3E 4E 5C 6E 7C 8C 9E 10E 11C 12E 13E 14C 15C 16C 17E 18C 19C 20C 21C 22E 23C 24E 25E
26E 27E 28E 29C 30E 31E 32E 33E 34C 35E

AULA 37: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

1) FEDERAÇÃO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

É sabido que o Estado brasileiro é do tipo federado, em que os cidadãos se apresentam submetidos a diferentes poderes políticos: o central, o regional e o local. Evidentemente, se sobre o mesmo território há incidência de ordens jurídicas distintas, há necessidade de se efetivar uma repartição de competências entre os entes políticos, de forma que cada um tenha sua área específica de atuação.

A repartição de competência funciona, portanto, como sustentáculo maior da Federação, assegurando o equilíbrio e a autonomia entre as entidades que a integram.

Cada Estado Federado adota um modelo de repartição de competências entre as unidades federadas, definindo a área específica de atuação dos poderes central e regional.

No Brasil, a repartição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios é dotada de relativa rigidez, visto que se apresenta prescrita na própria Constituição, só podendo ser alterada mediante emenda constitucional. Embora rígida, a repartição de competência não constitui cláusula pétrea, podendo ser objeto de modificação por meio de emenda à Constituição.

2) MODELO BRASILEIRO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

A nossa Constituição adotou na partilha de competência entre os entes federados, como regra geral, o chamado princípio da predominância do interesse, segundo o qual cabe à União as matérias de predominante **interesse geral**, aos Estados as matérias de predominante **interesse regional** e aos Municípios competem os assuntos de **interesse local**.

Para melhor visualizarmos a aplicação do princípio da predominância do interesse, vejamos como foi estabelecida a competência em relação ao transporte rodoviário na Constituição.

Estatuiu o legislador constituinte que cabe à União legislar, privativamente, sobre as diretrizes da política nacional de transporte (art. 22, IX), bem assim explorar o serviço de transporte rodoviário, interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII). Anote-se que temos, na esfera de competência da União, assuntos tipicamente de interesse nacional (política nacional de transporte e transporte interestadual e internacional), ficando excluídos o transporte municipal (de interesse local, de competência dos Municípios - art. 30, V) e o transporte intermunicipal (de interesse regional, dentro da competência remanescente dos Estados-membros).

Em relação ao Distrito Federal, ente anômalo de nossa Federação, competem tanto as competências estaduais quanto as municipais (art. 32, § 1º). Há, porém, algumas competências estaduais que não foram conferidas ao Distrito Federal, conforme veremos adiante.

Norteados pelo princípio da predominância do interesse, adotou o legislador constituinte a seguinte técnica de partilha de competências específicas entre as unidades federadas:

- a) Competência da União - enumerada (arts. 21 e 22);
- b) Competência dos Estados - remanescente, reservada ou residual (art. 25, § 1º);
- c) Competência dos Municípios - enumerada (art. 30);
- d) Competência do Distrito Federal - Estados + Municípios (art. 32, § 1º).

Como se vê, optou a Constituição pela enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22) e dos Municípios (art. 30), outorgando aos Estados os chamados poderes remanescentes, reservados ou residuais (art. 25, § 1º).

Além dessa partilha geral, em que a Constituição estabelece as matérias próprias de cada um dos entes federados, há duas outras formas de repartição de competências:

- a) a competência comum, em que todos os entes atuam paralelamente;
- b) a competência concorrente, em que é estabelecida uma repartição vertical de competência sobre determinadas matérias entre a União, os Estados e o Distrito Federal, nos termos dos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 24 da Constituição.

3) REPARTIÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DE COMPETÊNCIAS

A Constituição Federal adota, como regra geral, o modelo de repartição horizontal de competências, no qual diferentes matérias são outorgadas a cada um dos entes federados. Nesse modelo, o

legislador constituinte prescreveu diferentes matérias para cada um dos entes: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Cada ente recebe uma parcela específica de competência, e sobre ela exerce sua autonomia. São exemplos de repartição horizontal de competências: a competência exclusiva da União (art. 21), a competência privativa da União (art. 22), a competência enumerada aos Municípios (art. 30) etc.

Adotou o legislador constituinte, também, o modelo vertical de repartição de competência, em que a mesma matéria é outorgada a diferentes entes, com a possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto por mais de uma entidade federada. O modelo vertical de repartição de competência foi utilizado entre nós na chamada competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, no art. 24 da Carta Política. Nela, os diferentes entes, escalonados numa hierarquia vertical, têm competência para legislar sobre os mesmos assuntos: à União compete estabelecer normas gerais, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete a suplementação da legislação federal.

Em nenhum dos dois modelos, contudo, podemos falar em rigidez de repartição de competências entre os entes. Isso porque, na repartição horizontal de competências, temos a permissão para que um ente – a União – delegue parcela de sua competência privativa aos Estados-membros (CF, art. 22, parágrafo único). Da mesma forma, na competência legislativa concorrente, que adota o modelo vertical de partilha, temos a possibilidade de os Estados-membros legislarem sobre normas gerais, de competência originária da União, caso este ente federado não as estabeleça (CF, art. 24, § 3º).

4) COMPETÊNCIAS LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA

As competências são tradicionalmente divididas em competências administrativas e competências legislativas.

As competências administrativas conferem poderes para a unidade federada atuar efetivamente sobre determinadas matérias. Consubstanciam poder de atuação efetiva sobre tais matérias, de execução, em que a unidade federada deverá exercê-las concretamente. Por isso também é conhecida como competência material ou não-legislativa.

As competências legislativas, diferentemente, outorgam aos entes federados o poder de estabelecer normas, de legislar sobre determinadas matérias.

São administrativas as seguintes competências:

- a) exclusiva da União, enumerada no art. 21 da CF;
- b) comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enumerada no art. 23 da CF;
- c) exclusiva dos Municípios, enumerada nos incisos III a IX do art. 30 da CF.

São legislativas as seguintes competências:

- a) privativa da União, enumerada no art. 22 da CF;
- b) competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, estabelecida no art. 24 da CF;
- c) competência exclusiva dos Municípios, prescrita no art. 30, I, da CF;
- d) competência suplementar dos Municípios, prescrita no art. 30, II, da CF.

A Constituição estabelece, ainda, concomitantemente, as competências administrativa e legislativa dos Estados, de forma residual, no art. 25, § 1º.

É fácil visualizarmos a distinção entre as competências legislativa e administrativa, senão vejamos.

Quando a Constituição estabelece, no inciso I do art. 21, a competência exclusiva da União para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, não está o legislador constituinte apenas outorgando competência para a União legislar sobre essa matéria. Evidentemente, está a conferir competência para que a União, com exclusividade, atue concretamente nessa área, exerça efetivamente essa competência, celebrando tratados internacionais com Estados estrangeiros, participando de organizações internacionais como a ONU, a OEA etc.

Diferente é o que ocorre no inciso I do art. 22 da Constituição. Nesse dispositivo é outorgada à União, privativamente, competência para estabelecer normas, para regular, para legislar sobre Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Ora, tais ramos do Direito não alcançam somente a União; todos os entes federados dão aplicação a eles -

mas somente a União pode estabelecer suas regras, pode legislar a respeito. Assim, por exemplo, se um Estado da Federação contrata um trabalhador celetista (regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT), estará aplicando regras do Direito do Trabalho ao respectivo contrato de trabalho; porém, não poderá legislar a respeito, ficando vinculado à norma federal (CLT).

Em relação à União, a doutrina aponta outra distinção: a competência privativa para legislar, prescrita no art. 22 da CF, comporta delegação aos Estados, desde que por meio de lei complementar, ao passo que a competência exclusiva, prescrita no art. 21 da CF, não comporta tal delegação.

5) COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO - ART. 21 DA CF

No art. 21 da Constituição estamos diante da chamada competência exclusiva da União, em que são enumeradas as matérias que esse ente político deverá exercer, diretamente ou mediante descentralização, conforme o caso.

Nesse dispositivo, conforme vimos, temos a chamada competência administrativa da União (material ou não-legislativa), que confere poderes à União para a efetiva atuação nas áreas enumeradas.

Essa é a principal distinção desse artigo em relação ao art. 22 da CF, comentado a seguir, que, conforme vimos, cuida da chamada competência legislativa, que confere poderes para a edição de normas. Outra distinção entre a competência administrativa do art. 21 e a competência legislativa do art. 22 é que aquela não admite delegação, ao passo que esta, desde que respeitados o procedimento e os limites do parágrafo único do art. 22, poderá ser delegada aos Estados-membros.

Entre as diversas competências enumeradas nesse artigo, considero especialmente relevantes, para o fim de concurso público, os incisos XIII e XIV, que tratam das exceções da competência cumulativa do Distrito Federal, vale dizer, daquelas matérias que no âmbito dos Estados-membros competem a estes, mas que não foram contempladas ao Distrito Federal.

6) COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO - ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO

O art. 22 da Constituição enumera as competências legislativas da alçada da União, cuidando, portanto, daqueles assuntos sobre os quais compete à União, privativamente, legislar.

Esse dispositivo, ao definir a competência legislativa da União, demonstra a visível supremacia da União sobre os demais entes federados, em virtude da amplitude e da relevância dos temas que enuncia como privativos desse ente central. Em verdade, pode-se afirmar que esse dispositivo constitucional consubstancia o traço principal que caracteriza o nosso Estado Federado na vigente Constituição: o fortalecimento, a predominância, da União relativamente às demais entidades federadas.

O Prof. Celso Bastos, ao comentar esse modelo da nova Constituição, fortemente centralizado na União, afirma (*in* Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 20ª Edição, p. 294): "O Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou províncias, consegue um nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro. Continuamos, pois, sob uma Constituição eminentemente centralizadora, e se alguma diferença existe relativamente à anterior no sentido de que esse mal (para aqueles que entendem ser um mal) se agravou sensivelmente".

De relevo ressaltar que, nesse art. 22, estamos diante da competência legislativa, referente à edição de normas sobre as matérias nele enumeradas. Voltemos ao exemplo do transporte, antes comentado (item 1, *supra*): afirmamos que a exploração do transporte intermunicipal compete aos Estados-membros; do municipal, aos Municípios (aqui estamos falando de competência administrativa, de atuação, de execução, de exploração do serviço). Mas, por força do art. 22, XI, da CF, somente a União pode legislar sobre a matéria trânsito e transporte (aqui estamos falando da competência legislativa, de editar normas). Os Estados-membros e os Municípios atuam na área, explorando tais serviços, mas não podem legislar a respeito - ficam vinculados à legislação federal correlata.

Aliás, não é por outra razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem considerado inconstitucionais leis estaduais que invadem a competência da União nessa matéria (transporte). Considerou-se inconstitucional, por exemplo, lei estadual que obrigava a instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo de passageiros (ADIn 874/BA), e que autorizava a condução de veículos automotores de passeio por maiores de dezesesseis e menores de dezoito anos (ADIn 476-0/DF).

A declaração de inconstitucionalidade da lei estadual citada acima, que obrigava a instalação de cinto de segurança em veículos de transporte coletivo de passageiros, deixa bem clara a distinção entre as competências administrativa e legislativa: observe que o Estado-membro é competente para executar, para explorar esse serviço quando for intermunicipal (competência administrativa); no entanto, por força do art. 22, XI, da Constituição (competência legislativa), não pode regulá-lo, não pode estabelecer normas a respeito, vinculando-se às leis editadas pela União.

Entre as diversas competências enumeradas nesse artigo, considero especialmente relevantes, para o fim de concurso público, os incisos I, II, IX, XI e XVII.

6.1) A POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO AOS ESTADOS-MEMBROS

A Constituição Federal, no parágrafo único do art. 22, estabelece regra que permite à União delegar matérias de sua competência privativa aos Estados-membros.

Esse dispositivo, juntamente com outros que comentaremos adiante, deixa claro que o legislador constituinte não adotou, entre nós, um modelo rígido de repartição de competências, ao permitir que um ente delegue a outro suas competências enumeradas como privativas.

Essa possibilidade de delegação, porém, é bastante restrita, uma vez que está subordinada aos seguintes termos:

a) a delegação somente pode ser efetivada por meio de lei complementar, que, como se sabe, requer aprovação de maioria absoluta das Casas Legislativas;

b) a autorização constitucional para a delegação restringe-se à legislação sobre "questões específicas" das matérias enumeradas no art. 22 da Constituição. Portanto, ainda que por meio de lei complementar, a União não está autorizada a delegar aos Estados-membros a competência para legislar sobre toda a matéria de um dos incisos do art. 22 da Constituição. A delegação, diz o texto constitucional, será para legislar sobre "questões específicas" dentro de uma das matérias indicadas nos incisos do art. 22 da Constituição;

c) a delegação, acaso existente, deverá alcançar todos os Estados-membros, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia/equilíbrio da Federação. A respeito, leciona o Eminentíssimo Prof. Alexandre de Moraes que "o art. 19 da Constituição Federal veda a criação por parte de qualquer dos entes federativos de preferências entre si. Dessa forma, a Lei Complementar editada pela União deverá delegar um ponto específico de sua competência a todos os Estados, sob pena de ferimento do princípio da igualdade federativa" (*in* Direito Constitucional, Atlas, 6ª Edição, p. 277).

Na próxima aula concluiremos o assunto Repartição de Competências, analisando a competência legislativa concorrente, a competência comum, bem assim as competências dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

EXERCÍCIOS.

1 - (ESAF/PROMOTOR/CE/2001) A Constituição Federal adotou sistema de repartição horizontal de competências, não acolhendo o sistema de repartição vertical.

2) (ESAF/GESTOR/MPGOG/2001) A competência legislativa dos Estados-membros está enumerada taxativamente na Constituição, sendo inconstitucional, por invasão de competência, a lei estadual que dispuser sobre o assunto não especificado como próprio da atividade legiferante de Assembléia Legislativa.

3) (ESAF/GESTOR/MPGOG/2001) Somente quando autorizado por lei complementar federal pode o Estado-membro legislar sobre questões específicas de matérias incluídas na competência privativa da União.

4) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) Os Estados podem legislar sobre questões específicas das matérias enumeradas no âmbito da competência legislativa privativa da União, desde que autorizados a tanto por lei complementar.

5) (ESAF/AGU/99) A Constituição Federal elenca, de forma precisa e expressa, a competência dos Estados-membros e da União.

6) (ESAF/AGU/99) Adotou-se, no sistema federativo brasileiro, um rígido modelo horizontal de distribuição de competência legislativa.

- 7) (ESAF/AGU/99) Nos termos da Constituição brasileira, os municípios não dispõem de competência material específica.
- 8) (ESAF/AGU/99) O Distrito Federal é dotado de todas as competências reconhecidas aos Estados-membros.
- 9) (ESAF/AUDITOR FORTALEZA/CE/98) A Constituição Federal adota um rígido modelo vertical de distribuição de competência legislativa.
- 10) (ESAF/AUDITOR FORTALEZA/CE/98) A Constituição Federal admite expressamente a possibilidade de delegação da competência legislativa federal para os Estados-membros.
- 11) (ESAF/AFTN/98) Nos termos da Constituição Federal, o Estado-membro não pode, em qualquer hipótese, legislar sobre matéria de competência privativa da União.
- 12) (ESAF/AFTN/98) Os Estados-membros não estão impedidos de celebrar tratados internacionais, desde que com a interveniência expressa da União.
- 13) (CESPE/PROCURADOR/INSS/96) Não pode ser objeto de emenda à Constituição a proposta que intente alterar a competência concorrente dos entes federativos.
- 14) (ESAF/TTN/98) O Distrito Federal é dotado de competência legislativa em tudo idêntica à dos Estados-membros.
- 15) (CESPE/PROCURADOR/INSS/97) A União pode autorizar os estados a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência legislativa privativa.
- 16) (ESAF/AFRF/2001) As competências legislativas dos Estados-membros estão todas enumeradas de modo taxativo no texto constitucional.
- 17) (ESAF/AFC/2001) O Congresso Nacional pode autorizar os Estados-membros, por meio de lei complementar, a legislar sobre questões específicas de matérias incluídas no âmbito da competência legislativa privativa da União.
- 18) (ESAF/AFRF/2001) A União não pode autorizar que os Estados-membros legislem sobre questões relacionadas com as matérias inseridas no rol das competências legislativas privativas da União.

GABARITO:

1E 2E 3C 4C 5E 6E 7E 8E 9E 10C 11E 12E 13E 14E 15C 16E 17C 18E

AULA 38: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS (PARTE 2)

7) COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DF E DOS MUNICÍPIOS

O art. 23 da Constituição Federal estabelece a chamada competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nessa competência, todos os entes federados dispõem de competência para legislar e praticar certos atos, nas matérias especificadas, paralelamente e em pé de igualdade. Todos os entes federados podem atuar, executar as competências mencionadas no art. 23, sem predominância de um sobre o outro.

Evidentemente, na competência comum, a atuação de um ente não exclui a competência dos demais – todos podem atuar paralelamente, sem prevalência deste ou daquele ente federado.

Uma leitura acurada dos incisos do art. 23 da Constituição mostra que os assuntos nele enumerados são, tipicamente, assuntos que requerem uma atuação conjunta, cumulativa dos diversos entes.

Por exemplo, o constituinte dispôs que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (CF, art. 23, I).

Ora, não seria razoável supor que tal assunto fosse outorgado privativamente a esse ou àquele ente federado, seja de forma exclusiva ou privativa. Inimaginável seria, também, prescrever que a atuação de um dos entes sobre esse assunto excluiria a competência dos outros! Em verdade, conclui-se facilmente que se trata de assunto no qual a atuação de todos os entes, conjuntamente, é sempre bem-vinda.

No intuito de harmonizar a atuação paralela dos diferentes entes federados no âmbito da competência comum, prevê a Constituição que lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF, art. 23, parágrafo único).

8) COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL

A competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal está disciplinada no art. 24 da Constituição Federal.

Conforme comentado na aula pretérita, temos aí uma repartição vertical de competência, em que a competência para legislar sobre uma mesma matéria é distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Sobre a mesma matéria, caberá à União traçar as linhas gerais, e aos Estados e ao Distrito Federal preencher o claro que lhe ficou, afeiçãoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências locais. A lei da União funcionará como princípio para a elaboração legislativa dos Estados e do Distrito Federal.

Em suma, são as seguintes as regras aplicáveis no âmbito da competência legislativa concorrente:

a) A competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, sem descer a pormenores. Caso a União estabeleça, em relação às matérias enumeradas nos incisos do art. 24 da Constituição, além das normas gerais, normas específicas, haverá inconstitucionalidade, por invasão de competência dos Estados e do Distrito Federal;

b) Estabelecendo a União as normas gerais, caberá aos Estados e ao Distrito Federal a sua adequação às peculiaridades locais, por meio de normas específicas (competência suplementar). Diante do estabelecimento de normas gerais pela União, portanto, os Estados e o Distrito Federal deverão somente suplementá-las, cuidando dos detalhes, das minúcias, das particularidades estaduais.

c) A inércia da União no estabelecimento das normas gerais confere aos Estados e ao Distrito Federal a competência plena sobre assunto, podendo estes, nessa hipótese, cuidar tanto da fixação das normas gerais quanto das específicas, para o atendimento de suas peculiaridades (competência supletiva). Assim, na competência concorrente, enquanto não sobrevier a legislação de normas gerais da União, há um espaço aberto à livre atuação normativa dos Estados e do Distrito Federal, tanto sobre normas gerais, quanto para normas específicas.

d) A competência plena dos Estados e do Distrito Federal, adquirida em razão da inércia da União (conforme letra “c”, supra), é temporária, e não exclui a possibilidade de a União vir a exercer a sua competência em momento posterior. A qualquer tempo, poderá a União vir a exercer sua competência, editando uma lei federal disciplinadora de normas gerais sobre o assunto. Nesse caso, a lei federal suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Um aspecto relevante merece sua atenção.

Reza o § 4º do art. 24 que a lei federal superveniente “suspende a eficácia” da lei estadual, no que lhe for contrário. Anote-se: a lei federal superveniente não “revoga” a lei estadual, no que lhe for contrário; a lei estadual só perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Isso é importante porque, caso num momento posterior a lei federal venha a ser revogada, a lei estadual tem a sua eficácia automaticamente restaurada, passando novamente a incidir.

Ademais, cabe ressaltar que a lei federal superveniente não suspende a eficácia de toda a norma estadual que estabelecia normas gerais, mas apenas daqueles dispositivos “que lhe for contrário”.

e) No âmbito da competência legislativa concorrente não há que se falar em delegação por parte da União, aos Estados e ao Distrito Federal, uma vez que, por força do § 3º do art. 24 da Constituição, a omissão daquela já implica assunção temporária da competência por estes.

f) Os Municípios não concorrem com a União, os Estados e o Distrito Federal no âmbito da competência legislativa concorrente. Entretanto, por força da autorização expressa constante do art. 30, II, da Constituição, podem suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Um caso prático de aplicação das regras da competência legislativa concorrente auxilia no entendimento.

Conforme preceitua o inciso I do art. 24 da Constituição, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre Direito Tributário. Por sua vez, estabeleceu o constituinte que cabe à lei complementar federal estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre o **adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas** (art. 146, III, “c”).

Desse modo, num primeiro momento, caberia à União, por meio de lei complementar, estabelecer as regras gerais a respeito do adequado tratamento tributário a ser dado ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. Uma vez estabelecidas as regras gerais pela União, caberia aos Estados e ao Distrito Federal, em relação aos tributos de sua competência, estabelecer as normas específicas.

Considerando que até a presente data a União não editou tal lei complementar de normas gerais, qual seria a situação legislativa atual?

A situação atual, considerando as regras atinentes à competência legislativa concorrente, é a seguinte:

1) Os Estados e o Distrito Federal adquiriram competência para, em relação aos tributos de sua competência, legislar plenamente sobre o assunto, estabelecendo tanto as regras gerais quanto as específicas. Em outras palavras, cada Estado e o Distrito Federal podem dar, nos respectivos territórios, o tratamento que entenderem adequado ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;

2) Mas o fato de os Estados e o Distrito Federal, diante da omissão da União, terem estabelecido as regras gerais sobre o assunto não retira a competência originária da União para tal (por isso se diz que a competência plena dos Estados e do Distrito Federal é temporária). Assim, caso amanhã ou depois a União venha a editar a lei complementar federal, estabelecendo tais normas gerais sobre o tratamento a ser dado ao ato cooperativo, esta norma terá o condão de suspender a eficácia dos dispositivos das leis estaduais que tiverem dado tratado distinto à matéria, isto é, que conflitem com a lei complementar federal;

3) Por fim, considerando que a lei federal apenas suspende a eficácia dos dispositivos conflitantes (eles permanecem vigentes, perdem apenas sua aplicabilidade), caso venha ela a ser revogada num momento posterior, os dispositivos estaduais têm a sua eficácia revigorada, voltam a incidir.

9) COMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS

O legislador constituinte conferiu aos Estados-membros a chamada competência remanescente ou residual, reservando-lhes as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição (CF, art. 25, § 1º).

Não houve em relação aos Estados, portanto, uma enumeração taxativa de suas competências legislativa e material, como ocorreu com a União e os Municípios. Podem os Estados-membros atuar/legislar sobre todas as matérias que não lhes estiverem vedadas implícita ou explicitamente na Constituição.

Há, entretanto, algumas poucas competências enumeradas aos Estados-membros, a saber: criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (CF, art. 18, § 4º); exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º); instituição de regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões (CF, art. 25, § 3º).

Os Estados-membros possuem ainda, conforme já vimos, a competência concorrente-suplementar, que possibilita a sua atuação de forma complementar (CF, art. 24, § 2º) ou supletiva (CF, art. 24, § 3º), bem assim a possibilidade de vir a poder legislar sobre as matérias de competência privativa da União, desde que haja delegação nesse sentido, por meio de lei complementar (CF, art. 22, parágrafo único).

10) COMPETÊNCIA DO DISTRITO FEDERAL

O legislador constituinte outorgou ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, conforme preceitua o art. 32, § 1º, da Carta.

Desse modo, considerando que as competências do Distrito Federal albergam aquelas conferidas aos Estados e aos Municípios, podemos enumerá-las do seguinte modo:

- a) competência remanescente dos Estados-membros (CF, art. 25, § 1º);
- b) competência enumerada dos Municípios (CF, art. 30, I, III a IX);
- c) competência suplementar dos Municípios (CF, art. 30, II);
- d) competência oriunda de delegação da União (CF, art. 22, parágrafo único);
- e) competência concorrente-suplementar dos Estados-membros (CF, art. 24, §§ 2º e 3º);
- f) competência para elaborar sua própria Lei Orgânica (CF, art. 32).

Entretanto, nem todas as competências dos Estados foram estendidas ao Distrito Federal, pois a organização e manutenção do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública (CF, art. 21, XIII; art. 22, XVII), bem assim da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros (CF, art. 21, XIV) no seu âmbito são tarefas de competência da União.

11) COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

O Município, erigido à natureza de ente federado pela atual Constituição, possui sua competência enumerada no art. 30 da Constituição Federal. Nesse dispositivo constitucional constam as chamadas competências suplementar (inciso II) e exclusiva (incisos I, III a IX).

A expressão “assuntos de interesse local”, prescrita no inciso I do art. 30 da Constituição, norteia a competência legislativa dos Municípios. Embora de difícil delinação, essa expressão “interesse local” deve ser entendida como indicadora daqueles assuntos de interesse predominantemente municipal, que digam respeito mais diretamente às necessidades imediatas do Município.

São exemplos de assuntos de interesse local, já consagrados pela jurisprudência como abrangidos na competência dos Municípios, a expedição de alvarás ou licenças para funcionamento de estabelecimentos comerciais; a regulação do horário de funcionamento do comércio local (STF, Súmula 419), inclusive de farmácias e drogarias e seus respectivos plantões obrigatórios (STF, RE 191.031-3/SP).

A chamada competência suplementar dos Municípios, prescrita no art. 30, II, da Constituição, confere-lhes autorização para regulamentar as leis federais ou estaduais, ajustando-as para o atendimento das peculiaridades municipais. Assim, por exemplo, após a atuação da União e dos Estados-membros no âmbito da competência concorrente (CF, art. 24), podem os Municípios

suplementar as leis resultantes, com o fim de dar-lhes execução no atendimento das peculiaridades municipais.

Além da enumeração do art. 30 da Constituição, cabe lembrar que o Município possui competência para auto-organizar-se por meio de sua Lei Orgânica (CF, art. 29), bem assim para aprovar o chamado Plano Diretor, instrumento da política de desenvolvimento e de expansão urbana (CF, art. 182).

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/PROMOTOR/CE/2001) O Município pode legislar sobre horário de funcionamento de farmácias no seu território.
- 2) (ESAF/GESTOR/MPGOG/2001) Em tema de competência legislativa concorrente, cabe à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros, normas específicas – estas últimas somente poderão ser promulgadas após editadas aquelas regras pela União.
- 3) (ESAF/GESTOR/MPGOG/2001) O Município tem competência legislativa para dispor sobre todo assunto que apresente interesse local.
- 4) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Nos casos de matéria da competência legislativa concorrente entre Estados-membros e União é correto afirmar que havendo conflito entre a legislação estadual e a federal, deve prevalecer aquela, no âmbito do Estado-membro, dado o princípio da competência residual dos Estados.
- 5) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Nos casos de matéria da competência legislativa concorrente entre Estados-membros e União é correto afirmar que os Estados somente podem legislar para suprir as omissões da legislação federal.
- 6) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Nos casos de matéria da competência legislativa concorrente entre Estados-membros e União é correto afirmar que a falta de normas gerais editadas pela União dá margem a que cada Estado exerça competência legislativa plena sobre a matéria, para atender a suas peculiaridades.
- 7) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Nos casos de matéria da competência legislativa concorrente entre Estados-membros e União é correto afirmar que não havendo legislação estadual sobre a matéria, cabe à União suprir a omissão, tanto em aspectos de normas gerais como de normas específicas.
- 8) (ESAF/AFCE/TCU/2000) Nos casos de matéria da competência legislativa concorrente entre Estados-membros e União é correto afirmar que configura hipótese de competência legislativa concorrente o caso da delegação, pelos Estados-membros, da sua competência legislativa privativa para a União, com reserva de iguais poderes.
- 9) (ESAF/GESTOR/MPOG/2001) No âmbito da competência concorrente dos Estados e da União, limita-se a competência dos Estados a suprir as omissões da legislação federal.
- 10) (ESAF/AGU/98) A competência legislativa concorrente disciplinada na Constituição Federal impõe que o Estado-membro somente atue supletivamente.
- 11) (ESAF/AGU/99) Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado.
- 12) (ESAF/AUDITOR/CE/98) O modelo de competência legislativa concorrente consagrado na Constituição Federal condiciona a elaboração de ato normativo estadual à existência prévia da norma federal.
- 13) (ESAF/AFTN/98) No âmbito do Distrito Federal, a organização da Defensoria Pública e da Polícia Civil constitui tarefas de competência legislativa do Distrito Federal.
- 14) (ESAF/AFTN/98) Compete ao Distrito Federal, nos termos da Constituição Federal, a organização do Poder Judiciário local.
- 15) (PROCURADOR DO RS/97) A competência denominada literalmente de concorrente pela Constituição de 1988 cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.
- 16) (PROCURADOR DO RS/97): A competência denominada literalmente de concorrente pela Constituição de 1988 exclui a competência da União de legislar normas específicas para a sua própria esfera de poder.

- 17) (PROCURADOR DO RS/97): A competência denominada literalmente de concorrente pela Constituição de 1988 confere, em qualquer caso, liberdade legislativa plena aos Estados.
- 18) (PROCURADOR DO RS/97): A competência denominada literalmente de concorrente pela Constituição de 1988 importa a revogação da lei estadual, na hipótese de superveniência de lei do Congresso Nacional que lhe for contrária.
- 19) (MARE/GESTOR GOVERNAMENTAL/97): Ocorrendo conflito entre normas federais e estaduais, versando tema específico submetido à competência concorrente, determina a Constituição que deve prevalecer a regra estadual, visto que a autonomia dos Estados é o ponto de partida da ordem federativa.
- 20) (MARE/GESTOR GOVERNAMENTAL/97): Ocorrendo conflito entre normas federais e estaduais, versando tema específico submetido à competência concorrente, determina a Constituição que deve prevalecer a norma federal, visto que a competência estadual é remanescente, não podendo excluir nenhuma lei de âmbito superior.
- 21) (MARE/GESTOR GOVERNAMENTAL/97): Ocorrendo conflito entre normas federais e estaduais, versando tema específico submetido à competência concorrente, determina a Constituição que deve prevalecer a norma mais recente, visto que sendo a competência concorrente e igual, resolve-se o conflito pelas regras de direito intertemporal.
- 22) (MARE/GESTOR GOVERNAMENTAL/97): Ocorrendo conflito entre normas federais e estaduais, versando tema específico submetido à competência concorrente, determina a Constituição que deve prevalecer a norma federal geral superveniente, visto que esta suspende a eficácia da norma estadual que a contrarie.
- 23) (MARE/GESTOR GOVERNAMENTAL/97): Ocorrendo conflito entre normas federais e estaduais, versando tema específico submetido à competência concorrente, determina a Constituição que deve prevalecer a norma federal, visto que a competência da União para legislar sobre normas gerais exclui a competência dos Estados.
- 24) (CESPE/FISCAL/INSS/97) Uma vez que a Constituição Federal define as competências exclusivas da União e dos municípios, é correto dizer que as competências não-incluídas em nenhuma dessas duas órbitas dizem respeito somente aos estados, desde que tais competências não sejam concorrentes.
- 25) (CESPE/FISCAL/INSS/97) Lei complementar não pode autorizar a União a desempenhar serviço de interesse local.
- 26) (CESPE/PROCURADOR/INSS/96) No âmbito da competência legislativa concorrente, definida no texto constitucional, sendo omissa a União, em sua atividade legislativa, os Estados, para atenderem às suas peculiaridades, ficam investidos de competência plena para legislar a respeito da proteção à infância e à juventude.
- 27) (CESPE/PROCURADOR/INSS/96) No âmbito da competência legislativa concorrente, definida no texto constitucional, o Estado que legisla, plena e legitimamente, acerca da matéria de competência concorrente, terá as suas respectivas leis revogadas quando, exercitando sua competência constitucionalmente definida, a União editar suas leis e estas dispuserem contrariamente às regras fixadas no âmbito estadual.
- 28) (CESPE/PROCURADOR/INSS/97) Quando a competência para legislar sobre determinada matéria é atribuída concorrentemente à União e aos estados, à lei federal caberá a fixação de normas gerais. Inexistindo, porém, tais normas, leis estaduais poderão fixar aqueles preceitos gerais, desde que haja delegação formal do Congresso Nacional.
- 29) (ESAF/AFRF/2001) Compete a cada Estado-membro editar a lei orgânica dos Municípios situados no seu âmbito territorial.
- 30) (ESAF/AFRF/2001) No âmbito da competência legislativa concorrente, cabe aos Estados-membros e também aos Municípios suplementar a legislação federal, no que couber.
- 31) (ESAF/AFRF/2001) No âmbito da competência legislativa concorrente, sempre que houver conflito entre uma lei federal e uma lei estadual, aquela deverá prevalecer, pois as leis federais são hierarquicamente superiores às leis estaduais.

GABARITO:

1C 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10E 11C 12E 13E 14E 15E 16E 17E 18E 19E 20E 21E 22C 23E 24E 25C
26C 27E 28E 29E 30C 31E

AULA Nº 39: PROCESSO LEGISLATIVO

1) NOÇÕES

A expressão “processo legislativo” compreende o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) realizados pelos órgãos competentes na produção das leis e outras espécies normativas indicadas diretamente pela Constituição.

Na vigente Constituição, compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (CF, art. 59).

Evidentemente, o desrespeito às regras do processo legislativo constitucionalmente previsto implica a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido. Essa inconstitucionalidade poderá ser reconhecida pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, tanto no âmbito do método difuso quanto no modelo concentrado.

Embora a Carta Política tenha enumerado como objeto do processo legislativo a elaboração de decretos legislativos e resoluções, nada disse sobre o processo de sua formação. Em face dessa ausência de regramento, coube aos regimentos internos das Casas Legislativas o estabelecimento do processo de formação de tais espécies normativas.

2) CLASSIFICAÇÃO

A doutrina classifica os processos legislativos sob dois enfoques distintos: (a) em relação às formas de organização política e (b) em relação à seqüência das fases procedimentais.

Quanto às formas de organização política, o processo legislativo pode ser:

- a) autocrático;
- b) direto;
- c) indireto ou representativo;
- d) semidireto.

Ocorre processo legislativo autocrático quando as leis são elaboradas pelo próprio governante, ficando excluída a participação dos cidadãos, seja de forma direta ou por meio de seus representantes.

Processo legislativo direto é aquele discutido e votado pelo próprio povo, diretamente.

No processo legislativo indireto ou representativo, os cidadãos escolhem seus representantes, conferindo-lhes poderes para decidirem sobre o processo de elaboração das espécies normativas.

Ocorre processo legislativo semidireto quando a elaboração legislativa exige a concordância da vontade do órgão representativo e, também, da vontade do eleitorado, esta manifestada por meio de referendun popular.

A nossa Constituição vigente, bem assim a da maioria dos países na atualidade, adota o processo legislativo indireto ou representativo, no qual as espécies normativas são elaboradas pelos congressistas, representantes escolhidos pelo povo.

Quanto à seqüência das fases dos procedimentos, o processo legislativo pode ser:

- a) ordinário;
- b) sumário;
- c) especiais.

O processo legislativo ordinário é aquele que se destina à elaboração das leis ordinárias, caracterizando-se pela sua maior extensão.

O processo legislativo sumário segue as mesmas fases procedimentais do processo ordinário, com a única diferença que, em relação àquele, existem prazos para que o Congresso Nacional delibere sobre o assunto.

Os processos legislativos especiais fogem à regra geral estabelecida para a elaboração das leis ordinárias, como é o caso dos processos especiais de elaboração das emendas à Constituição, das leis delegadas, das medidas provisórias etc.

3) PROCESSO LEGISLATIVO E ESTADOS-MEMBROS

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as regras básicas do processo legislativo previstas na Constituição Federal são de observância obrigatória no âmbito das Constituições Estaduais (ADIN 822; ADIn 276).

Nos termos dessa orientação, são de observância compulsória pelos Estados-membros as linhas básicas do modelo federal no processo legislativo, em particular, conforme veremos adiante, as que dizem respeito às hipóteses de iniciativa reservada e com os limites do poder de emenda parlamentar.

4) APROVAÇÃO DE PROJETO DE LEI POR DECURSO DE PRAZO

A vigente Constituição aboliu do nosso ordenamento a figura do “decurso de prazo”, que permitia a aprovação de projetos pela simples expiração do prazo previsto para a sua análise, sem que houvesse qualquer apreciação por parte do Congresso Nacional.

Ressalte-se que a abolição desse malsinado instituto no modelo federal impede também, por óbvio, a sua adoção nos processos legislativos estaduais e municipais.

5) INICIATIVA LEGISLATIVA

Conforme vimos, o processo consubstancia um conjunto de atos preordenados visando à criação de espécies normativas. Esses atos (ou fases do processo legislativo) são os seguintes:

- a) iniciativa legislativa;
- b) emendas;
- c) votação;
- d) sanção e veto;
- e) promulgação;
- f) publicação.

Iniciativa legislativa é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo. Na atual Constituição, essa faculdade foi atribuída a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos (CF, art. 61).

Em regra, a iniciativa é conferida concorrentemente a mais de uma pessoa ou órgão, isto é, a vários legitimados que concorrem entre si na apresentação do projeto de lei.

Mas temos também hipóteses em que a iniciativa é outorgada exclusivamente a uma pessoa ou órgão. Assim, por exemplo, reza o art. 61, § 1º, da Constituição, que é de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre as matérias nele arroladas; no art. 93 está prevista a iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal para a lei complementar que disporá sobre o estatuto da magistratura etc.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 19/98, ao acrescentar o inciso XV ao art. 48 da Constituição, instituiu, entre nós, a chamada “iniciativa conjunta”, ao dispor que a fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (novo teto de remuneração no serviço público) será por meio de lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

5.1) Iniciativa popular

A iniciativa popular é um dos meios de participação direta do cidadão na vida do Estado, nos atos de governo. Além da iniciativa popular, a soberania popular poderá ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, pelo plebiscito e pelo referendo (CF, art. 14).

Porém, não é qualquer cidadão, individualmente, que pode apresentar um projeto de lei à Câmara dos Deputados, pois a Constituição exige a subscrição do projeto por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (CF, art. 62, § 2º).

Sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual, a Constituição Federal apenas dispõe que caberá à lei dispor a respeito (CF, art. 27, § 4º).

A respeito do processo legislativo municipal, estabeleceu a Constituição Federal a possibilidade de iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (CF, art. 29, XIII).

5.2) Iniciativa e Casa Iniciadora

A Constituição Federal não estabelece, caso a caso, em que Casa Legislativa deverá ser apresentada a iniciativa de lei. Apenas em relação aos projetos de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e de iniciativa popular exige a Carta que sua discussão e votação tenham início na Câmara dos Deputados (CF, art. 61, § 2º, e art. 64).

5.3) Iniciativa privativa do Presidente da República e vinculação dos Estados-membros e Municípios

Segundo orientação emanada do Supremo Tribunal Federal, aquelas matérias cuja discussão legislativa dependem de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º) são de observância obrigatória pelos Estados-membros e Municípios, que, ao disciplinarem o processo legislativo nos respectivos âmbitos, não poderão retirar-lhes da competência do Chefe do Executivo.

Assim, por exemplo, no plano federal, as leis que disponham sobre a criação de cargos na Administração direta e indireta são de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, "a"). Logo, nos Estados-membros, as leis que disponham sobre a criação de cargos na Administração direta e indireta estadual são de iniciativa privativa do Governador de Estado. Da mesma maneira, tal matéria, na esfera municipal, dependerá de iniciativa do Prefeito.

Ademais, cabe ressaltar, a iniciativa privativa do Presidente da República vincula, igualmente, o legislador constituinte estadual, bem assim a Lei Orgânica do Município e do Distrito Federal. Portanto, a iniciativa privativa do Chefe do Executivo (estadual, distrital ou municipal), em decorrência da regra prevista no art. 61, § 1º, da CF, não pode ser usurpada sequer pela Constituição do Estado ou pela Lei Orgânica do Município e do Distrito Federal.

Desse modo, as matérias elencadas no art. 61, § 1º, da Constituição Federal não podem ser exaustivamente tratadas na Constituição Estadual e na Lei Orgânica do Município e do Distrito Federal, sob pena de restar usurpada a competência privativa do Chefe do Executivo.

5.4) Iniciativa privativa e possibilidade de emenda parlamentar

Os projetos de lei enviados pelo Presidente da República, no uso de sua competência privativa, prevista no art. 61, § 1º, da Constituição Federal, podem ser alterados por meio de emendas apresentadas pelos congressistas.

Essa possibilidade de apresentar emendas aos projetos de iniciativa privativa do Presidente da República, porém, não é ilimitada, haja vista a existência de duas restrições, uma decorrente do texto expresso da Constituição Federal e outra em razão de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Assim, é possível a apresentação de emendas pelos congressistas aos projetos de lei enviados pelo Presidente da República, no uso de sua competência privativa, **desde que:**

- a) não impliquem aumento de despesa prevista no projeto apresentado pelo Presidente da República (CF, art. 63, I);
- b) tenham pertinência com a matéria tratada no projeto apresentado pelo Presidente da República.

Em relação à vedação ao aumento de despesa prevista no projeto inicial enviado pelo Presidente da República, a própria Constituição Federal estabelece uma exceção no tocante à matéria orçamentária (art. 63, I, c/c art. 166, §§ 3º e 4º), ao permitir a apresentação de emendas que aumentem as despesas do projeto de lei do orçamento anual ou projetos que o modifiquem, desde que compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, bem assim desde que indiquem os recursos necessários para o respectivo aumento.

Essas mesmas regras e limitações são extensíveis aos projetos de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo nos Estados e nos Municípios, bem assim àqueles de iniciativa privativa do Poder Judiciário.

5.5) Vício de iniciativa e sanção

Questão relevante no tocante à iniciativa privativa do Presidente da República é saber se a sanção presidencial tem o condão de suprir o vício de iniciativa na apresentação do projeto.

Suponhamos que um projeto de lei de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º) tenha sido apresentado por um congressista, discutido e aprovado nas duas Casas Legislativas; após, sendo o projeto encaminhado ao Presidente da República, este o sanciona. Nesse caso, a aquiescência do Presidente da República, por meio da sanção, suprirá o inicial vício formal de inconstitucionalidade? A lei sancionada, ainda que resultante de uma iniciativa viciada, será legítima, constitucional?

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido da impossibilidade de tal convalidação, permanecendo a lei, portanto, inconstitucional.

5.6) Iniciativa de lei sobre a organização do Ministério Público

Dispõe a Constituição Federal que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a organização do Ministério Público (CF, art. 61, § 1º, II, "d"). Entretanto, no art. 128, § 5º, da mesma Constituição, faculta-se ao Procurador-Geral da República a iniciativa de lei sobre a organização do Ministério Público da União.

Anote-se que, em princípio, pode-se vislumbrar a ocorrência de uma antinomia entre tais dispositivos, uma vez que no art. 61 está dito que a iniciativa de lei sobre a organização do Ministério Público é privativa do Presidente da República, ao passo que no art. 128 faculta-se essa mesma iniciativa ao Procurador-Geral da República.

Em verdade, de antinomia não se cuida, até porque não podemos aceitar a hipótese de ocorrência de antinomias verdadeiras entre dispositivos da mesma Constituição. A Constituição deve ser interpretada sistematicamente, harmonizando o alcance de seus dispositivos, de forma a alcançar a unidade de todo o seu texto.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, interpretando os dois dispositivos, firmou orientação no sentido de que a iniciativa para a lei complementar de organização do Ministério Público da União é concorrente entre o Presidente da República e o Procurador-Geral da República.

Na próxima aula continuaremos com a análise das demais fases do Processo Legislativo.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AFTN/98) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a emenda parlamentar a projetos de iniciativa privativa do Executivo ou do Judiciário há de guardar relação de pertinência com a matéria objeto da proposta.
- 2) (CESPE/AGENTE/PF/98) É possível a instauração do processo legislativo em virtude de anteprojeto de lei pelo povo.
- 3) (CESPE/AGENTE/PF/98) Qualquer membro do Congresso Nacional pode apresentar anteprojeto de lei acerca de qualquer matéria.
- 4) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Não se admite emenda parlamentar em projeto de lei da iniciativa exclusiva do Presidente da República.
- 5) (ESAF/AFTN/96) A sanção do Presidente da República a projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional é hábil para convalidar eventual vício de iniciativa.
- 6) (ESAF/AGU/98) O Estado-membro vincula-se ao sistema de iniciativa legislativa privativa do Executivo fixado pela Constituição Federal.
- 7) (ESAF/AGU/98) Os projetos de lei encaminhados pelo Presidente da República poderão ter início na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal.
- 8) (ESAF/AGU/98) A sanção do Presidente da República sana o vício de iniciativa, no caso de projeto de lei de iniciativa privativa do Executivo.
- 9) (CESPE/ANALISTA/STM/99) A criação de cargos, funções ou empregos públicos é matéria sob reserva de lei de iniciativa privativa do Presidente da República; esse modelo, por força do federalismo, deve ser seguido pelos Estados e Municípios, adequando-se a iniciativa, conforme o caso, ao governador ou ao prefeito.
- 10) (CESPE/PROCURADOR/INSS/99) Considere a seguinte situação hipotética: O Presidente da República remeteu ao Congresso Nacional anteprojeto de lei dispondo quanto ao provimento e à

remuneração de cargos de militares das forças armadas, matéria que é de sua iniciativa privativa. Durante a discussão do anteprojeto, um deputado federal apresentou emenda para a elevação do soldo desses servidores. O anteprojeto foi aprovado nas comissões e em plenário, juntamente com a emenda. Igualmente aconteceu a aprovação no Senado Federal, e o projeto foi enviado à sanção do Chefe do Poder Executivo. Na situação descrita, deve o Presidente da República vetar a elevação do soldo dos servidores, por ser inconstitucional.

GABARITO:

1C 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9C 10C

AULA Nº 40: PROCESSO LEGISLATIVO (PARTE 2)

6) O TRABALHO DAS COMISSÕES

Apresentado o projeto de lei ao Congresso Nacional, começa a fase de discussão de suas proposições, com vistas a delinear o conteúdo a ser aprovado ou rejeitado pelo Poder Legislativo.

Na Casa Iniciadora, o projeto de lei passará, então, para a fase de instrução, sendo submetido à apreciação das Comissões. Em regra, o projeto é submetido à apreciação de duas comissões distintas, numa delas sendo examinada a sua constitucionalidade e na outra o seu mérito, a conveniência de sua aprovação.

Assim, num primeiro momento, o projeto é examinado pela chamada Comissão de Constituição e Justiça, que concluirá pela sua constitucionalidade ou não. Nessa Comissão, portanto, são examinados os aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnica legislativa dos projetos, havendo possibilidade de apresentação de emendas pelos congressistas.

Após, superada a questão de constitucionalidade, será o projeto encaminhado para uma das Comissões Temáticas da Casa Legislativa, que opinará quanto ao seu mérito. Nessa fase, discute-se sobre a conveniência de aprovação do projeto de lei, de sua relevância para o país. Essas comissões são chamadas de Temáticas porque são estabelecidas regimentalmente de acordo com as especificidades da matéria tratada (cada Comissão examina projetos relacionados com determinada matéria, com campos temáticos ou áreas de atividade específicos), com vistas a facilitar os trabalhos legislativos. Representam, em verdade, uma divisão de trabalho para facilitar a tarefa legislativa, para melhorar o desempenho destes na aprovação das espécies normativas. Assim, segundo essa organização, temos Comissão de Agricultura e Política Rural, Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Comissão de Finanças e Tributação etc. Nas Comissões Temáticas também há possibilidade de apresentação de emendas.

A análise dos projetos pelas Comissões será realizada tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal.

Aprovado nas Comissões, quanto aos aspectos de constitucionalidade e mérito, o projeto de lei, em regra, será encaminhado ao plenário da Casa respectiva, onde será objeto de discussão e votação. A aprovação será por maioria simples, no caso de lei ordinária, ou por maioria absoluta, caso se trate de lei complementar.

6.1) Apreciação conclusiva nas Comissões: a chamada *a t a c p*

A Constituição Federal outorga competência às Comissões para discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa (CF, art. 58, § 2º, I).

Há, portanto, a possibilidade de um projeto de lei vir a ser aprovado nas próprias Comissões, sem que tenha havido qualquer deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados e/ou do Senado Federal. As regras regimentais sobre essa matéria estão disciplinadas no art. 58 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e no art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal.

Ressalte-se, contudo, que os congressistas podem inibir a deliberação conclusiva ou terminativa nas Comissões, obrigando que o projeto seja levado ao exame do Plenário, desde que apresentem, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal, recurso assinado por, pelo menos, um décimo dos membros da respectiva Casa.

7) EMENDAS

As emendas são proposições apresentadas como assessórias a outra. A faculdade de propor emenda foi outorgada aos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, que podem assim sugerir modificações nos dispositivos constantes do projeto de lei apresentado.

As emendas podem ser supressivas, aditivas, aglutinativas, modificativas e de redação.

Emendas supressivas são aquelas que propõem a eliminação de qualquer parte do projeto apresentado.

Emendas aditivas são aquelas que acrescentam algo de novo ao projeto apresentado.

Emendas aglutinativas são aquelas que resultam da fusão de outras emendas, ou a destas com o texto original, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos.

Emendas modificativas são aquelas que alteram a proposição sem a modificar substancialmente.

Emendas substitutivas são aquelas apresentadas como sucedâneo à parte de outra proposição, que tomará o nome de “substitutivo”, quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto.

Emendas de redação são aquelas apresentadas com vistas a sanar eventuais vícios de linguagem, incorreção técnica legislativa ou lapso manifesto.

8) DELIBERAÇÃO: OS PROCEDIMENTOS LEGISLATIVOS

O procedimento legislativo vem a ser o modo pelo qual os atos do processo legislativo se realizam, como ocorre o andamento da matéria proposta no projeto nas Casas Legislativas. Trata-se, em verdade, da chamada “tramitação do projeto”.

Conforme vimos na aula pretérita, o procedimento legislativo poderá ser ordinário, sumário ou especiais.

8.1) Procedimento legislativo ordinário ou comum

O procedimento legislativo ordinário é o comum, destinado à elaboração das leis ordinárias, em que não há um tempo pré-fixado para o exame do projeto nas Casas Legislativas. Por isso é o mais demorado, mas permite um melhor exame, estudo e discussão do projeto.

Em síntese, desenvolve-se nas seguintes fases:

a) primeira fase: apresentação do projeto, por meio da chamada iniciativa legislativa;

b) segunda fase: exame nas Comissões de Constituição e Justiça (quanto à constitucionalidade) e Temáticas (análise do mérito, da conveniência do projeto de lei), resultando na emissão de Parecer sobre o projeto;

c) terceira fase: discussão da matéria, com o parecer das Comissões, no Plenário da Casa Legislativa em que o projeto foi apresentado (Casa Iniciadora), com possibilidade de apresentação de emendas;

d) quarta fase: decisão, por meio da votação da matéria, na Casa Iniciadora: caso seja rejeitado, será arquivado, e somente poderá ser objeto de novo projeto de lei na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67); caso seja aprovado, será encaminhado à outra Casa Legislativa, para revisão (na Casa Revisora, o projeto passará pelas mesmas fases: exame das Comissões, discussão e votação);

e) quinta fase: revisão da matéria aprovada na Casa Iniciadora: na chamada Casa Revisora o projeto passará novamente pelas mesmas fases a que foi submetido na Casa Iniciadora (exame das Comissões, discussão e votação); caso seja rejeitado, será arquivado e a matéria somente poderá ser objeto de novo projeto de lei na mesma sessão legislativa mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67); caso seja emendado retornará à Casa Iniciadora para apreciação das emendas, em um único turno de votação; se aprovado, sem emendas, será remetido à sanção e promulgação do Presidente da República;

Anote-se que, havendo emendas ao projeto na Casa Revisora, retornando à Casa Iniciadora para a apreciação destas, de uma forma ou de outra o projeto será remetido para sanção (sendo as emendas aprovadas ou rejeitadas, o projeto irá à sanção, a única dúvida será quanto ao texto final que seguirá para ser sancionado): sendo as emendas aprovadas, será remetido para sanção o texto final, recebido da Casa Revisora, com as alterações propostas; sendo rejeitadas as emendas, seguirá para sanção o texto aprovado na Casa Iniciadora.

Aliás, por esse motivo é que se diz que o posicionamento da Casa Iniciadora é que prevalecerá nessa hipótese. E, como na maioria das vezes, a Casa que inicia o processo legislativo é a Câmara dos Deputados, esta Casa Legislativa termina por desempenhar um papel preponderante no processo de elaboração normativa.

f) sexta fase: remessa do projeto aprovado à Presidência da República, para sanção (ou veto), promulgação e publicação, fase em que teremos uma das seguintes situações:

(1) aquiescendo o Presidente da República com o projeto aprovado pelo Poder Legislativo, o sancionará expressamente, promulgará e publicará;

(2) poderá também permanecer em silêncio a respeito do projeto, hipótese em que, após 15 (quinze) dias úteis, ocorrerá a sanção tácita do projeto, tendo o Presidente da República 48 (quarenta e oito)

horas para promulgá-lo; caso o Presidente não o promulgue no prazo de 48 horas, deverá o Presidente do Senado Federal fazê-lo no mesmo prazo; havendo omissão do Presidente do Senado, caberá ao Vice-Presidente do Senado a promulgação da lei, no mesmo prazo de 48 horas;

Observa-se que a sanção tácita somente ocorre após o transcurso do prazo de 15 (quinze) dias úteis, resultando esse prazo da interpretação sistemática dos §§ 1º e 3º do art. 66, única forma de harmonizar o comando de tais dispositivos constitucionais.

(3) considerando o Presidente da República o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados do recebimento, comunicando, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto;

g) sétima fase: apreciação do veto pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta, dentro de 30 (trinta) dias a contar do recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto: se mantido o veto, o projeto será arquivado e a matéria somente poderá ser objeto de novo projeto de lei na mesma sessão legislativa mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67); caso seja rejeitado, será remetido à sanção e promulgação do Presidente da República, que terá o prazo de 48 horas para fazê-lo; caso o Presidente não o promulgue no prazo de 48 horas, deverá o Presidente do Senado Federal fazê-lo no mesmo prazo; havendo omissão do Presidente do Senado, caberá ao Vice-Presidente do Senado a promulgação da lei, no mesmo prazo de 48 horas;

8.2) Procedimento legislativo sumário ou regime de urgência

O processo legislativo sumário não apresenta uma diferenciação de procedimentos em relação ao processo ordinário – há, apenas, a existência de prazo constitucionalmente fixado para que as Casas do Congresso Nacional deliberem sobre o projeto apresentado. Está previsto nos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal, nos termos a seguir examinados.

Como regra geral, a Constituição não fixou prazo para que o Poder Legislativo exerça sua função típica, de elaboração legislativa. Assim, tanto no processo ordinário, quanto naqueles especiais (de elaboração de emendas à Constituição, decretos legislativos etc.), não houve a fixação de um prazo para a manifestação das Casas do Congresso Nacional. A exceção está no art. 64 da Carta, que faculta ao Presidente da República a solicitação de regime de urgência para a votação dos projetos de sua iniciativa, dando então início ao chamado processo legislativo sumário.

Portanto, são dois os pressupostos para a existência do processo legislativo sumário:

- (1) projeto de lei apresentado pelo Presidente da República;
- (2) solicitação de urgência na votação pelo Presidente da República.

No processo sumário, cada uma das Casas do Congresso Nacional terá o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sucessivamente, para apreciação do projeto de lei. Caso a Casa Revisora (Senado Federal, uma vez que a discussão e votação de projeto de iniciativa do Presidente da República deverão iniciar, obrigatoriamente, na Câmara dos Deputados, por força do art. 64 da CF) apresente emendas, estas deverão ser apreciadas pela Câmara dos Deputados no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Assim, o processo legislativo sumário não poderá exceder 90 (noventa) dias, no caso de inexistência de emendas, ou 100 (cem) dias, no caso de haver emendas pela Casa Revisora. Se a Câmara e o Senado não se pronunciarem nos prazos assinalados (45 dias para cada uma das Casas), o projeto será incluído na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação sobre os demais assuntos, a fim de que se ultime a votação da matéria urgente.

Os prazos do processo legislativo sumário não correrão durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam à aprovação de projetos de Códigos.

8.3) Procedimentos legislativos especiais

São aqueles estabelecidos para a elaboração de emendas constitucionais, de leis financeiras (lei de diretrizes orçamentárias, lei do orçamento anual etc.), de leis delegadas, de medidas provisórias e de leis complementares.

Esses procedimentos serão examinados adiante, quando tratarmos de tais espécies legislativas.

9) SANÇÃO

Sanção é a concordância do Chefe do Poder Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. Como se vê, sanciona-se projeto de lei (é incorreto afirmar-se que “o Presidente da República sancionou a lei tal”). É no ato de sanção que nasce a lei, por meio da conjugação das vontades dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, a sanção é ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo hipótese alguma de sanção por parte do Legislativo.

A sanção poderá ser expressa ou tácita: será expressa quando o Presidente manifesta-se favoravelmente, emitindo o ato de sanção, assinando o projeto; será tácita quando, recebido o projeto, o Presidente silencia (não assina) durante os 15 (quinze) dias úteis subseqüentes, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 66 da Constituição.

9.1) Lei sem sanção

Questão interessante é saber se há hipótese, na vigente Constituição, de promulgação de uma lei sem sanção (expressa ou tácita) do Presidente da República. Existe a possibilidade de promulgação de uma lei sem sanção do Chefe do Executivo?

A resposta é afirmativa.

De fato, a Constituição Federal, ao estabelecer as fases do processo legislativo prevê, expressamente, a possibilidade de promulgação de lei sem sanção do Presidente da República. Essa situação ocorre no caso de superação do veto presidencial pelo Congresso Nacional, quando o projeto é enviado para promulgação do Presidente da República (CF, art. 66, § 5º). Ora, nesse caso o Presidente da República, no momento em que recebe o projeto e dispõe da competência para sancioná-lo, opta pelo veto; posteriormente, o veto vem a ser rejeitado pelo Congresso Nacional, mas aí não há mais que se falar em sanção, sendo o projeto encaminhado para promulgação e publicação (sem sanção, portanto!).

Ademais, conforme veremos no momento oportuno, quando estudarmos o processo legislativo de conversão de medida provisória, caso a medida provisória seja integralmente convertida em lei (sem modificações ao texto da medida provisória adotada pelo Presidente da República) não há razões para sanção.

Também não há que se falar em sanção no caso de delegação legislativa ao Presidente da República, quando este elabora a chamada “lei delegada”, nos termos do art. 68 da Carta Política.

9.2) Atos que prescindem de sanção

Embora em regra a formação da lei no direito brasileiro seja resultado da manifestação da vontade de dois Poderes, Legislativo e Executivo, completando-se com a sanção deste ao projeto aprovado por aquele, existem certos atos que prescindem de sanção, a saber: as emendas constitucionais, que uma vez aprovadas são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; as leis resultantes de conversão de medida provisória, quando convertidas integralmente, sem alterações; as leis delegadas, nos termos previstos no art. 68 da Carta; os decretos legislativos e as resoluções.

Continuaremos na próxima aula.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AGU/99) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o processo legislativo previsto na Constituição Federal aplica-se aos Estados-membros.
- 2) (ESAF/AGU/99) As comissões permanentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão, na forma do regimento, discutir e votar determinados projetos de forma definitiva.
- 3) (ESAF/AUDITOR/CE/98) O processo legislativo estabelecido na Constituição Federal não tem força vinculante para o Estado-membro.
- 4) (ESAF/AFTN/98) As comissões permanentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão discutir e votar determinados projetos de forma definitiva.
- 5) (ESAF/AFTN/98) A Câmara dos Deputados atua como Casa revisora no que diz respeito a projetos de Emenda Constitucional aprovados pelo Senado Federal.
- 6) (ESAF/PFN/98) Nos termos da Constituição Federal, os projetos de lei deverão ser aprovados, necessariamente, pelo plenário da Câmara e do Senado Federal.

- 7) (CESPE/TFCE/TCU/97) Derrubado o veto presidencial, o projeto de lei deverá ser encaminhado ao Presidente do Senado, logo após a deliberação do Congresso Nacional, a fim de ser por ele promulgado.
- 8) (CESPE/TFCE/TCU/97) O projeto de lei aprovado por uma das Casas do Congresso Nacional será necessariamente revisto pela outra. Logo, os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores sempre terão o Senado Federal como Casa revisora.
- 9) (CESPE/TFCE/TCU/97) A matéria constante de projeto de lei ou de emenda constitucional somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.
- 10) (CESPE/DELEGADO/PF/97) Assim como os demais produtos do processo legislativo, as emendas constitucionais estão sujeitas a controle de constitucionalidade, tanto formal quanto material; em consequência, poderá ser julgada inconstitucional a emenda à constituição que careça de sanção presidencial.
- 11) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/97) Apesar de a Constituição assegurar a participação popular no processo legislativo, inclusive na fase de iniciativa, não é qualquer cidadão que pode dar início a ele.
- 12) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/97) Compete ao Presidente da República sancionar e fazer publicar as leis. Apesar disso, existem certos atos legislativos do Congresso Nacional que prescindem da sanção presidencial.
- 13) (CESPE/AGENTE/PF/97) É possível a instauração do processo legislativo em virtude de anteprojeto de lei pelo povo.
- 14) (CESPE/AGENTE/PF/97) Qualquer membro do Congresso Nacional pode apresentar anteprojeto de lei acerca de qualquer matéria.
- 15) (CESPE/AGENTE/PF/97) A regra, na tramitação de projeto de lei, é a de que o projeto aprovado em uma das casas do Congresso Nacional será revisto pela outra e, se aprovada, remetido à sanção presidencial, ou se sofrer rejeição, arquivado. Se a Casa revisora emendar o projeto, este voltará à casa iniciadora. O Presidente da República poderá vetar o projeto aprovado.
- 16) (CESPE/AGENTE/PF/97) Se o Presidente da República receber projeto pelo Congresso Nacional e não o vetar expressamente em até quinze dias, seu silêncio terá efeito de sanção.
- 17) (ESAF/AFC/96) Aprovado pelo Congresso Nacional, o projeto de Emenda Constitucional pode ser vetado pelo Presidente da República.
- 18) (CESPE/FISCAL/INSS/98) A proposta de emenda à Constituição votada e aprovada no Congresso Nacional não é submetida à sanção do Presidente da República antes de ser promulgada.
- 19) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Mesmo que o Presidente da República vete projeto de lei por entendê-lo inconstitucional, o veto pode ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto.
- 20) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Não se admite emenda parlamentar em projeto de lei da iniciativa exclusiva do Presidente da República.
- 21) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) O veto presidencial, que pode ser total ou parcial, no Direito brasileiro, é um ato de deliberação negativa do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, tendo o Presidente da República quinze dias úteis para expressá-lo.
- 22) (CESPE/PROCURADOR/INSS/96) A discussão e a votação de um projeto de lei podem ser atribuídos às Comissões das Casas Legislativas, nos termos dos respectivos Regimentos Internos. Portanto, uma lei pode ser promulgada sem que tenha havido qualquer deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados e/ou do Senado Federal.
- 23) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) Na hipótese de o veto presidencial não ser mantido pelo Congresso Nacional, a competência para a promulgação da lei será privativa do Presidente do Senado.

24) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) Ao contrário do que ocorre com um projeto de lei, a matéria constante de emenda constitucional rejeitada nunca poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

25) (AGU/96) Os projetos de lei encaminhados pelo Presidente da República poderão ter início na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal.

26) (CESPE/ANALISTA/STJ/99) A Constituição da República prevê expressamente a possibilidade de o Presidente da República vetar e sancionar leis, não o fazendo em relação aos governadores das unidades federativas. Logo, não é legítima a interferência do governador no processo legislativo estadual.

GABARITO:

1C 2C 3E 4C 5E 6E 7E 8C 9E 10E 11C 12C 13E 14E 15C 16E 17E 18C 19C 20E 21E 22C 23E 24C 25E
26E

AULA Nº 41: PROCESSO LEGISLATIVO (PARTE 3)

10) VETO

O veto é a manifestação de discordância do Chefe do Executivo com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados de seu recebimento. Anote-se que o veto incide sobre "projeto de lei" – e não sobre lei (é incorreto afirmar-se que "o Presidente da República vetou a lei tal").

O Presidente da República poderá vetar o projeto por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público (CF, art. 66, § 1º). Vê-se, assim, que o veto poderá resultar de uma reprovação formal (inconstitucionalidade) ou material (contrariedade ao interesse público) do Presidente da República. No primeiro caso (aspecto formal), estaremos diante do chamado veto jurídico; no segundo (aspecto material), do veto político.

10.1) Controle de Constitucionalidade

No Brasil, a doutrina dominante tende a considerar o veto do Chefe do Executivo ao projeto de lei uma manifestação do controle de constitucionalidade. Conforme já vimos em aula pretérita, trata-se de controle político preventivo de constitucionalidade.

10.2) Características do veto

Sob a égide da atual Constituição, o veto apresenta as seguintes características:

- expresso;
- motivado;
- total ou parcial;
- supressivo;
- relativo.

O veto é sempre resultado de manifestação expressa – não há possibilidade de veto tácito, uma vez que, conforme preceitua a Constituição Federal, o silêncio do Presidente da República implica sanção.

O veto será, obrigatoriamente, motivado. A própria Constituição Federal já elenca os motivos que justificam o veto pelo Chefe do Poder Executivo: inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público do projeto aprovado pelo Legislativo. Nada impede, evidentemente, seja o veto exarado pela presença dos dois motivos.

O veto pode ser total (todo o projeto é vetado) ou parcial (apenas alguns dos dispositivos do projeto são vetados). Em relação ao veto parcial, porém, há um limite constitucional a ser observado pelo Chefe do Executivo, uma vez que este somente poderá alcançar texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (não é mais possível o veto de palavras ou orações isoladas nesses dispositivos).

O veto do Chefe do Executivo é sempre supressivo, pois somente é permitido a eliminação de qualquer artigo, parágrafo, inciso ou alínea, não sendo possível acrescentar algo ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo.

O veto é relativo ou superável, não representando manifestação definitiva quanto ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, uma vez que poderá ser rejeitado pelo Congresso Nacional, mediante deliberação da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, reunidos em sessão conjunta, em escrutínio secreto.

10.3) Tramitação

Havendo veto ao projeto de lei, este será encaminhado ao Presidente do Senado Federal, acompanhado da devida motivação, no prazo de 48 (quarenta e oito horas). Caso o veto seja parcial, somente será devolvida ao Poder Legislativo a parte vetada, devendo a parte não vetada (sancionada, portanto) ser promulgada e publicada.

No Congresso Nacional, a apreciação do veto dar-se-á no prazo de 30 (trinta) dias, em sessão conjunta, em escrutínio secreto, exigindo-se maioria absoluta para a sua rejeição. Em síntese, após a deliberação do Congresso Nacional, teremos:

a) caso o veto seja mantido, o projeto de lei será arquivado, e a matéria somente poderá constituir novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 67);

b) caso o veto seja superado, o projeto transforma-se em lei, sendo encaminhado ao Presidente da República para promulgação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Caso este não o faça nesse prazo, caberá ao Presidente do Senado Federal fazê-lo em igual prazo; na ausência de manifestação deste, caberá ao Vice-Presidente do Senado tal promulgação, também no prazo de 48 horas;

c) caso a rejeição do veto seja parcial, a parte rejeitada seguirá para sanção, segundo o trâmite descrito na letra "b", supra; a parte mantida será arquivada, nos termos da letra "a", supra.

Importante ressaltar que, na hipótese de superação do veto pelo Congresso Nacional, teremos a promulgação da lei sem o ato de sanção.

Finalmente, cabe destacar que a superação do veto pelo Congresso Nacional confere eficácia *ex nunc* (não-retroativa, daí por diante) aos dispositivos vetados.

11) PROMULGAÇÃO

A promulgação é o ato solene que atesta a existência da lei, inovando a ordem jurídica. A promulgação incide sobre a lei pronta, com o objetivo de atestar a sua existência, de declarar a sua potencialidade para produzir efeitos. Em suma: a lei nasce com a sanção, mas tem a sua existência declarada pela promulgação.

Em regra, a competência para promulgar a lei é do Chefe do Executivo, mas existem hipóteses em que tal ato poderá emanar do Poder Legislativo (CF, art. 66, § 7º).

12) PUBLICAÇÃO

A publicação não é, propriamente, fase de formação da lei, mas sim requisito para sua eficácia. A publicação é requisito para a entrada em vigor da lei, para a sua produção de efeitos. Atualmente realiza-se pela inserção da lei no Diário Oficial.

13) PROCESSO LEGISLATIVO DE MEDIDA PROVISÓRIA

Em caso de urgência e relevância, adotada a medida provisória pelo Presidente da República, esta deve ser submetida, de imediato, ao Congresso Nacional, que terá 30 (trinta) dias para sua apreciação (CF, art. 62).

Caso não sejam convertidas em lei no prazo de 30 (trinta) dias, as medidas provisórias perderão sua eficácia desde a edição (*ex tunc*), devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes (CF, art. 62, parágrafo único).

No Congresso Nacional, as medidas provisórias serão apreciadas por uma Comissão Mista (composta de Senadores e Deputados), que apresentará um parecer favorável ou desfavorável à sua conversão em lei. Emitido o parecer, o Plenário examinará a medida provisória:

a) caso seja integralmente convertida em lei, o Presidente do Senado Federal a promulgará, remetendo-a para publicação (observa-se que nesse caso não há que se falar em sanção/veto por parte do Presidente da República, uma vez que a medida provisória foi aprovada exatamente nos termos por ele propostos);

b) caso seja integralmente rejeitada, a medida provisória será arquivada, o Presidente do Congresso Nacional baixará ato declarando-a insubsistente, e será elaborado projeto de decreto legislativo que, nos termos do parágrafo único do art. 62 da CF, disciplinará as relações jurídicas dela decorrentes;

c) caso seja parcialmente convertida em lei, a medida provisória será transformada em "projeto de lei de conversão", sendo a parte aprovada encaminhada ao Presidente da República, para que o sancione ou vete (a partir da transformação da medida provisória em "projeto de lei de conversão", este segue idêntico trâmite dos projetos de lei em geral); os dispositivos rejeitados seguirão o trâmite descrito na letra "b", supra.

14) PROCESSO LEGISLATIVO DE LEI DELEGADA

As leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República, que solicitará a competente delegação ao Congresso Nacional (CF, art. 68).

Assim como as demais espécies de lei, a lei delegada, conforme vimos em aula pretérita, consubstancia ato normativo primário, pois haure seu fundamento de validade diretamente da

Constituição. Porém, seu campo de atuação sofre algumas restrições, não podendo cuidar de qualquer matéria, tendo em vista o disposto no art. 68, § 1º, da Constituição Federal.

Uma vez solicitada a delegação pelo Presidente da República, o Congresso Nacional a examinará e, sendo aprovada, terá a forma de resolução, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. A resolução poderá ou não estabelecer a posterior apreciação do projeto elaborado pelo Presidente da República por parte do Congresso Nacional.

Caso a resolução não determine a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, todo o processo de elaboração da lei delegada esgotar-se-á no âmbito do Poder Executivo: o Presidente da República elaborará, promulgará e publicará a lei.

Entretanto, caso a resolução determine a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este o fará em votação única, vedada a apresentação de qualquer emenda. Anote-se que, nessa hipótese, o Congresso Nacional somente poderá aprovar ou rejeitar, integralmente, o projeto elaborado pelo Presidente da República: caso seja aprovado, será encaminhado ao Presidente da República, para que o promulgue e publique; sendo rejeitado, o projeto será arquivado.

Finalmente, caso o Presidente da República exorbite os limites da delegação legislativa, legislando além do que lhe foi autorizado pelo Congresso Nacional, este poderá, nos termos do art. 49, V, da Constituição Federal, sustar a eficácia da lei delegada, retirando seus efeitos. Esse ato do Congresso Nacional, porém, não é definitivo, pois está sujeito a controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

15) PROCESSO LEGISLATIVO DE RESOLUÇÕES E DECRETOS LEGISLATIVOS

A Constituição Federal não estabeleceu o processo legislativo para a elaboração das espécies normativas “resolução” e “decreto legislativo”, deixando essa matéria à competência do Regimento Interno das Casas Legislativas.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/PFN/98) Na hipótese de superação do veto parcial, a disposição vetada de um projeto de lei sancionado pelo Presidente da República entrará em vigor com eficácia retroativa.
- 2) (CESPE/TFCE/TCU) Derrubado o veto presidencial, o projeto de lei deverá ser encaminhado ao Presidente do Senado, logo após a deliberação do Congresso Nacional, a fim de ser por ele promulgado.
- 3) (CESPE/TFCE/TCU) O Presidente da República pode vetar qualquer texto ou expressão de projeto de lei, desde que o ato seja devidamente fundamentado e tenha respaldo constitucional.
- 4) (CESPE/AGENTE/PF/97) A regra, na tramitação de projeto de lei, é a de que o projeto aprovado em uma das casas do Congresso Nacional será revisto pela outra e, se aprovada, remetido à sanção presidencial, ou se sofrer rejeição, arquivado. Se a Casa revisora emendar o projeto, este voltará à casa iniciadora. O Presidente da República poderá vetar o projeto aprovado.
- 5) (CESPE/AGENTE/PF/97) Se o Presidente da República receber projeto pelo Congresso Nacional e não o vetar expressamente em até quinze dias, seu silêncio terá efeito de sanção.
- 6) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Mesmo que o Presidente da República vete projeto de lei por entendê-lo inconstitucional, o veto pode ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto.
- 7) (CESPE/FISCAL/INSS/97) Mesmo discordando de um projeto de lei modificador que inclua no Código Civil o seguinte texto: “não é permitido o condomínio de coisas móveis”, é proibido ao Presidente da República vetar somente a palavra “não”.
- 8) (ESAF/AFTN/96) É admissível a rejeição pelo Congresso Nacional de veto total a um projeto de lei.
- 9) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) O veto presidencial, que pode ser total ou parcial, no Direito brasileiro, é um ato de deliberação negativa do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, tendo o Presidente da República quinze dias úteis para expressá-lo.
- 10) (CESPE/CONSULTOR/SENADO/96) Na hipótese de o veto presidencial não ser mantido pelo Congresso Nacional, a competência para a promulgação da lei será privativa do Presidente do Senado.
- 11) (ESAF/AGU/96) É admissível a rejeição parcial do veto total.

12) (CESPE/STJ/99) A Constituição da República prevê expressamente a possibilidade de o Presidente da República vetar e sancionar leis, não o fazendo em relação aos governadores das unidades federativas. Logo, não é legítima a interferência do governador no processo legislativo estadual.

13) (CESPE/STM/99) O veto por inconstitucionalidade parcial da lei é admitido; porém, ao contrário da declaração judicial de inconstitucionalidade, somente pode abranger texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

14) (ESAF/PFN/98) Na hipótese de superação do veto parcial, a disposição vetada de um projeto de lei sancionado pelo Presidente da República entrará em vigor com eficácia retroativa.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5E 6C 7C 8C 9E 10E 11C 12E 13C 14E

AULA Nº 42: SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes está consagrado na nossa Carta Política, no seu art. 2º, que prescreve:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ademais, o constituinte gravou tal princípio como cláusula pétrea, ao prescrever que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes (CF, art. 60, § 4º, III).

A separação dos poderes consiste em atribuir cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, respectivamente). Contrapõe-se à idéia de concentração de poderes, quando as funções são exercidas por um órgão apenas.

Segundo o Prof. José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 11ª Edição, Malheiros, p. 110), a divisão dos poderes fundamenta-se em dois elementos:

(a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional;

(b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

Esse princípio, erigido ao status de verdadeiro dogma constitucional pela Revolução Francesa, na voz de Montesquieu, tem sido cada vez mais flexibilizado no Direito Constitucional contemporâneo. Assim, a separação rígida, inicialmente defendida, é tida hoje como inadequada aos Estados Modernos.

Em verdade, a ampliação das atividades do Estado impôs a necessidade de uma nova visão da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o Judiciário, desenvolvendo-se a idéia de colaboração e harmonia entre eles. O esquema rígido inicial, pelo qual uma dada função corresponderia a um único órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou subsidiário. Atualmente os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos.

Enfim, na atualidade temos uma divisão flexível das funções entre os seus correspondentes órgãos. Por exemplo: tanto o Judiciário quanto o Legislativo exercem funções administrativas, quando, p. ex., contratam servidores, executam serviços etc. Por outro lado, o Executivo realiza tarefas típicas do Legislativo, como a edição de medidas provisórias (ato normativo com força de lei) e de leis delegadas, nos termos dos artigos 62 e 68 da Constituição Federal. Temos, ainda, na vigente Constituição, hipótese em que o Poder Legislativo realiza julgamento (*impeachment* do Presidente da República – art. 52, parágrafo único). São as chamadas *exceções ao princípio da separação dos poderes*.

Outro aspecto interessante a ser apreciado no âmbito do princípio da separação dos poderes é o chamado sistema de *freios e contrapesos* (*checks and balances*).

Esse mecanismo é o garantidor do equilíbrio e da harmonia entre os Poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, interferências legítimas de um Poder sobre outro, constitucionalmente admitidas. Visa tal sistema ao estabelecimento de um sistema de controles recíprocos entre os três Poderes, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro.

O Prof. José Afonso da Silva (ob. cit., p. 111/112) apresenta alguns exemplos do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes, nos seguintes termos:

“Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o

Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto” (art. 66).

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64.

Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, “a”).

Essa, portanto, a conformação do princípio da separação dos poderes na atualidade: flexível, permitindo o exercício de funções atípicas pelos três Poderes, e cujo equilíbrio e harmonia são garantidos pelo mecanismo dos freios e contrapesos.

EXERCÍCIOS.

1) (DELEGADO PF/97) Não há, no sistema constitucional brasileiro, uma rigorosa divisão de poderes; as funções estatais é que são atribuídas a diferentes ramos do poder estatal, e de modo não-exclusivo.

2) A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes, substituindo a outrora rigidez pela flexibilidade do exercício de funções.

3) A possibilidade de o Presidente da República adotar medidas provisórias consubstancia uma das significativas exceções ao princípio da separação dos poderes.

GABARITO:

1C 2C 3C

AULA Nº 43: CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA E APLICABILIDADE

1) NOÇÕES DE EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Inicialmente, cabe ressaltar que o fato de se estabelecer uma divisão das normas constitucionais segundo sua eficácia e aplicabilidade não implica afirmar que há normas constitucionais eficazes e normas constitucionais destituídas de eficácia e aplicabilidade. Isso porque não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições. Todas elas possuem juridicidade e valor normativo, e, portanto, irradiam efeitos, inovando a ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem. O que se admite é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se elaborar uma outra norma jurídica ordinária ou complementar, ao passo que outras são imediata e plenamente eficazes com a entrada em vigor da Constituição.

Em suma: todas as normas constitucionais possuem eficácia, mas é certo que se diferenciam quanto ao grau de seus efeitos jurídicos; têm aplicabilidade e valor jurídico diverso umas das outras, mas nenhuma é desprovida de eficácia.

2) CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A doutrina apresenta distintas classificações para as normas constitucionais. Adotaremos a tradicional divisão proposta por José Afonso da Silva (*in* Aplicabilidade das Normas Constitucionais, Malheiros, 3ª Ed.), devido à sua inquestionável aceitação pelos mais diversos tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Segundo essa classificação, as normas constitucionais, quanto ao grau de eficácia e aplicabilidade, dividem-se em:

- (a) normas constitucionais de eficácia plena;
- (b) normas constitucionais de eficácia contida;
- (c) normas constitucionais de eficácia limitada.

2.1) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA PLENA

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. Tais normas não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. Por isso, pode-se dizer que são normas de *aplicabilidade direta imediata e integral*.

2.2) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA CONTIDA

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

Essas normas de eficácia contida, em regra, fazem expressa remissão a uma legislação futura, mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia; enquanto o legislador não expedir a norma regulamentar restritiva, sua eficácia será plena (nesse ponto diferem claramente das normas de eficácia limitada, de vez que nestas a interferência do legislador ordinário terá o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade – e não de restringir a eficácia, como aqui se cuida). Por isso, pode-se dizer que as normas constitucionais de eficácia contida são dotadas de *aplicabilidade direta imediata mas não integral*, porque sujeitas a restrições que limitem sua eficácia e aplicabilidade.

Um dispositivo constitucional que facilita o entendimento acerca das normas de eficácia contida é o art. 5º, inciso XIII, da CF: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Trata-se de típica norma de eficácia contida. A princípio, dá a impressão de que a liberdade nela reconhecida fica na dependência da lei que deverá estabelecer as qualificações profissionais. Contudo, a interpretação aceitável é aquela que afirma ser a liberdade profissional de aplicabilidade imediata. O legislador ordinário, não obstante, poderá estabelecer qualificações profissionais para o exercício da atividade escolhida. Em suma: a liberdade profissional está direta e imediatamente garantida; mas a lei poderá interferir para exigir certa habilitação para o exercício de uma ou outra profissão ou ofício; na ausência de lei restritiva, a liberdade ao exercício profissional é ampla, plena.

2.3) NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. São normas de *aplicabilidade indireta mediata e reduzida*, porque somente incidem totalmente após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Requerem providências ulteriores para incidirem concretamente (muito embora tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, não dirigidos aos valores fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá no parágrafo seguinte).

O fato de tais normas dependerem de providências normativas posteriores, contudo, não quer dizer que não tenham eficácia alguma. Em verdade, possuem aplicabilidade imediata, dentre outros aspectos, no que tange à legislação anterior (revogando as normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias aos princípios nelas consubstanciados), bem como em relação à legislação futura (que a elas devem se conformar, sendo inconstitucionais as novas leis ou atos que as contrariarem).

As normas constitucionais de eficácia limitada são de dois tipos:

- (a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo;
- (b) as definidoras de princípio programático.

As normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas (de eficácia limitada) pelas quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. O constituinte incumbiu ao legislador ordinário a executoriedade de seus projetos organizativos. Vejamos os seguintes exemplos: “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” (art. 33); “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios” (art. 88); “A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de defesa Nacional” (art. 91, § 2º).

As normas constitucionais de princípio programático são aquelas (de eficácia limitada) pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos,

jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Constituem programas a serem realizados pelo Poder Público, disciplinando os interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social; valorização do trabalho; amparo à família; combate à ignorância etc.

Em tais normas, o constituinte não remete simplesmente à lei o seu intento; estabelece uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de executá-los – requer, na verdade, uma política de seus órgãos, pertinente à satisfação dos fins propostos. São exemplos: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226); “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218); “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215).

3) O SENTIDO DO ART. 5º, § 1º, DA CF

Finalmente, resta-nos examinar a determinação contida no art. 5º, § 1º, da CF.

Estatui esse dispositivo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

É fato, porém, que a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos e garantias individuais, como é o caso, por exemplo, do art. 5º, XXVIII e XXIX. Também diversas normas definidoras de direitos sociais e coletivos (arts. 6º ao 11) dependem de provimentos normativos posteriores para a sua aplicabilidade, caracterizando-se ora como de eficácia contida e aplicabilidade imediata, ora como de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º da CF, que declara expressamente todas de aplicação imediata?

O Professor José Afonso da Silva esclarece (*in* Aplicabilidade..., p. 165):

“Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.”

EXERCÍCIOS.

- 1) A espécie de norma constitucional que grande parte da doutrina brasileira denomina hoje de “norma constitucional de eficácia restringível” e que JOSÉ AFONSO DA SILVA chamou de “norma de eficácia contida” tem, entre suas características, a de entrar no mundo jurídico com eficácia plena e aplicabilidade imediata.
- 2) As normas de eficácia contida, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura. Mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia.
- 3) Normas de eficácia limitada são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público.

GABARITO:

1C 2C 3E

AULA Nº 44: HABEAS CORPUS

1) NOÇÕES

O habeas corpus é ação expressamente prevista no Direito Brasileiro desde 1832, tendo adquirido status constitucional na Carta de 1891.

Na atual Constituição, está previsto no art. 5º, inciso LVIII, nos seguintes termos:

“Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Trata-se de ação que visa a garantir o direito individual de locomoção, por meio de uma ordem exarada por um órgão do Poder Judiciário - juiz ou tribunal - para que seja cessada a ameaça ou coação à liberdade de ir e vir do indivíduo.

Como se vê, o habeas corpus é ação que possui objeto específico constitucionalmente delineado - liberdade de locomoção -, não podendo ser utilizado para a correção de qualquer idoneidade que não implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir.

Cabe ressaltar que o habeas corpus, garantia individual, constitui cláusula pétrea, não podendo ser suprimido do nosso ordenamento jurídico, por força do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

2) NATUREZA JURÍDICA

O habeas corpus é ação de natureza penal, de procedimento especial e isenta de custas (é gratuito), dada a importância do direito que visa assegurar.

3) LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

A legitimação para o ajuizamento de habeas corpus é universal, devendo ser entendida como um atributo da própria personalidade humana.

Assim, não se exige para o ajuizamento de habeas corpus a capacidade de estar em juízo, nem a capacidade postulatória. Qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política ou profissional, de idade, de sexo, profissão, estado mental, pode ingressar com habeas corpus, em benefício próprio ou alheio (habeas corpus de terceiro). Não há impedimento algum para que uma pessoa menor de idade, analfabeta, insana mental, mesmo sem representação ou assistência de terceiro, ingresse com habeas corpus.

A impetração de habeas corpus pode ser efetivada pelo próprio interessado ou por terceiro, sem necessidade de assistência de advogado. A doutrina admite, inclusive, a impetração de habeas corpus por pessoa jurídica, em favor de pessoa física.

O habeas corpus será impetrado contra um ato do sujeito coator, que tanto poderá ser autoridade pública (Delegado de Polícia, Promotor de Justiça, Juiz, Tribunal etc.) quanto particular, para fazer cessar uma coação ilegal (internações em hospitais ou clínicas particulares, por exemplo).

4) ESPÉCIES

O habeas corpus pode ser preventivo (salvo-conduto) ou repressivo (ou liberatório).

O habeas corpus preventivo pode ser ajuizado quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder. Como se vê, a ameaça de coação à liberdade de ir e vir já consubstancia razão para a impetração da ação, visando a evitar a prisão ou detenção do indivíduo.

O habeas corpus repressivo pode ser ajuizado quando alguém estiver sofrendo efetivamente violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, visando à cessação da conduta danosa à liberdade de ir e vir.

5) LIMINAR

Desde que presentes os seus pressupostos - periculum in mora (probabilidade de ocorrência de dano irreparável) e fumus boni iuris (indicação razoável da ilegalidade no constrangimento), é possível a concessão de medida liminar em habeas corpus, seja ele preventivo ou repressivo.

6) HABEAS CORPUS E DECISÕES DO STF

As decisões de qualquer das Turmas do Supremo Tribunal Federal não são suscetíveis de correção por meio de habeas corpus, uma vez que, segundo entendimento daquele Tribunal, quando uma Turma profere julgamento, em matéria de sua competência, está representando o próprio Supremo Tribunal Federal.

7) HABEAS CORPUS CONTRA ATO DE TRIBUNAIS

O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, o habeas corpus quando o ato de coação emana de decisão colegiada de Tribunal Superior (CF, art. 102, I, "i").

O Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, originariamente, o habeas corpus quando o ato de coação emana de decisão colegiada dos demais tribunais do país, ressalvada a competência do Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 105, I, "c").

8) HABEAS CORPUS E RECURSOS ORDINÁRIOS CONCOMITANTES

A impetração de habeas corpus e a interposição do respectivo recurso ordinário, referentes ao mesmo ato, são conciliáveis, ainda que articulem os mesmos fatos e busquem o reconhecimento da mesma situação jurídica. Portanto, o habeas corpus não impede a propositura concomitante de qualquer recurso para prevenir ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção.

9) PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES

Reza a Constituição Federal que "não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares" (CF, art. 142, § 2º).

Entretanto, a jurisprudência interpretou tal dispositivo constitucional no sentido de que não haverá habeas corpus em relação AO MÉRITO das punições disciplinares. Nada impede, portanto, o exame do Poder Judiciário dos pressupostos formais de legalidade da aplicação da punição (hierarquia, poder disciplinar, pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente etc.).

10) EMPATE EM HABEAS CORPUS

Havendo empate na decisão em sede de habeas corpus, independentemente de ação originária, recurso constitucional, recurso especial ou recurso extraordinário, proclama-se a decisão mais favorável ao paciente.

11) HABEAS CORPUS E CPI

Segundo a jurisprudência do STF, o habeas corpus é a ação idônea para a repressão à convocação ilegítima por parte de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

12) JURISPRUDÊNCIA DO STF

A seguir, apresento algumas orientações do Supremo Tribunal Federal a respeito do cabimento do remédio constitucional habeas corpus.

Quebra de sigilo bancário

O habeas corpus é instrumento idôneo para impugnar a validade da decisão que decreta a quebra de sigilo bancário, uma vez que de tal procedimento pode advir medida restritiva à liberdade de locomoção. HC 81.294-SC, rel. Ministra Ellen Gracie, 20.11.2001.

Suspensão dos Direitos Políticos: Não Cabimento de Habeas Corpus

A suspensão dos direitos políticos como consequência de condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 15, III) não enseja o cabimento de habeas corpus, instrumento voltado unicamente à salvaguarda do direito de ir e vir (Com base nesse entendimento, não se conheceu de habeas corpus impetrado em favor de vereador condenado por desobediência, cujos direitos políticos foram suspensos). HC 74.272-PB, rel. Min. Néri da Silveira, 03.09.96.

Habeas Corpus: Impetração por Fax

O STF admite a impetração de habeas corpus mediante fax, mas condiciona o seu conhecimento a que seja ele ratificado pelo impetrante no prazo concedido pelo relator. HC 74.221-AL, rel. Min. Ilmar Galvão, 17.09.96.

Cabimento de Habeas Corpus

O art. 102, II, a, da CF, que prevê a competência do STF para julgar em recurso ordinário o habeas corpus decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, não impede que contra tal decisão se impetre diretamente perante o STF novo pedido de habeas corpus, nos termos do art. 102, I, i, da CF. HC 73.423-RJ, rel. Min. Francisco Rezek, 10.12.96.

Habeas Corpus: Concessão de Ofício

No concurso de agentes, o deferimento de habeas corpus impetrado por um dos co-réus deve ser estendido aos outros “se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal”. HC 74.824-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 11.3.97.

Habeas Corpus contra Condenação à Pena de Multa: Descabimento

É incabível a impetração de Habeas Corpus quando a pena aplicada é, tão-só, de multa, hipótese em que não há ameaça à liberdade de locomoção. HC 75.050 - SP, rel. Min. Néri da Silveira, 15.4.97.

Habeas Corpus e Sigilo Telefônico

O habeas corpus, instrumento voltado à tutela da liberdade de locomoção, não se presta a garantir a proteção de paciente que teve a quebra do sigilo de seus registros telefônicos decretada.

Habeas Corpus e Afastamento do Cargo

O habeas corpus, instrumento voltado a garantir a liberdade de ir e vir, não se presta ao questionamento de decisão judicial que haja determinado o afastamento do paciente do cargo de prefeito. HC 75.068-PI, rel. Min. Moreira Alves, 13.5.97.

Habeas Corpus e Guarda de Filhos Menores: descabimento

O habeas corpus não é a via adequada para dirimir controvérsia sobre a guarda de filhos menores. HC 75.352-CE, rel. Min. Carlos Velloso, 19.8.97.

Embora o réu tenha capacidade para formular pedido de habeas corpus, não é de se reconhecer a ele capacidade postulatória para impetrar ação de reclamação para garantir a autoridade da decisão concessiva de habeas corpus que não estaria sendo cumprida pelo tribunal apontado coator, por tratar-se de atividade privativa de advogado. Reclamação 678-SP, rel. originário Min. Marco Aurélio, red. para o acórdão p/ Moreira Alves, 14.5.98.

A perda de posto ou graduação de militar não enseja o cabimento de habeas corpus, instrumento voltado unicamente à salvaguarda do direito de ir e vir. HC 77.505-RN, rel. Min. Octavio Gallotti, 25.8.98.

Não se admite habeas corpus para discutir matéria objeto de processo de extradição, quando os fatos não são líquidos quanto à definição do crime. HC 77.838-RJ, rel. originário Min. Marco Aurélio, red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, 14.10.98.

O habeas corpus, instrumento voltado a garantir a liberdade de ir e vir, não se presta ao questionamento de condenação criminal quando a pena imposta já foi integralmente cumprida. HC 77.540-CE, rel. Min. Octavio Gallotti, 10.11.98.

É possível a arguição de inconstitucionalidade de norma legal mediante habeas corpus porque, de forma indireta, poderá ser atingida a liberdade de ir e vir do paciente. RHC 76.946-MS, rel. Min. Carlos Velloso, 27.4.99.

O STF é competente para examinar pedido de habeas corpus contra acórdão do STJ que indeferiu recurso ordinário de habeas corpus. Firmou-se o entendimento segundo o qual o STF é a última instância de defesa da liberdade de ir e vir do cidadão, podendo qualquer decisão do STJ, desde que configurado o constrangimento ilegal, ser levada ao STF. HC 78.897-RJ, rel. Min Nelson Jobim, 9.6.99.

EXERCÍCIOS.

- 1) O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, habeas corpus quando o ato de coação emana de qualquer tribunal do país.
- 2) Não é cabível a concessão de medida liminar em habeas corpus preventivo.
- 3) É possível a impetração de habeas corpus contra ato coator praticado por uma entidade privada.
- 4) O habeas corpus, assim como o mandado de segurança, é ação de natureza civil.
- 5) Não há impedimento para que um indivíduo absolutamente incapaz (louco de todo o gênero, por exemplo) impetre habeas corpus, mesmo sem a assistência de um advogado.
- 6) Embora o habeas corpus proteja tão-somente a pessoa física, entende a doutrina que uma pessoa jurídica poderá ajuizá-lo.
- 7) O habeas corpus é cabível não só contra a lesão a certo direito como também se houver apenas ameaça a ele.
- 8) A ação de habeas corpus destina-se a evitar qualquer ilegalidade praticada contra direito do cidadão no curso de processo penal.

GABARITO:

1E 2E 3C 4E 5C 6C 7C 8E

AULA Nº 45: LEI DELEGADA

1) NOÇÕES

As leis delegadas estão previstas no art. 68 da Carta Política, nos seguintes termos:

“As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

A chamada lei delegada constitui ato normativo elaborado pelo Presidente da República, após autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este. Trata-se de delegação externa da função de legislar, constitucionalmente admitida, como forma de conferir ao Poder Executivo maior agilidade e celeridade no processo de elaboração normativa.

A natureza jurídica da lei delegada é idêntica a das demais espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição, isto é, constitui ato normativo primário, pois retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Em verdade, a lei delegada é uma norma de hierarquia idêntica à das leis comuns. A diferença que as separa reside, tão-somente, na autoridade que a elabora: é editada pelo Presidente da República, por força de uma delegação que recebe do Congresso Nacional.

A utilização do instrumento lei delegada provavelmente será insignificante sob a égide da atual Constituição, uma vez que a utilização da medida provisória revela-se muito mais conveniente ao Poder Executivo.

2) PROCESSO LEGISLATIVO

O processo de elaboração da lei delegada tem início com a solicitação de delegação do Presidente da República ao Congresso Nacional. A delegação deve ser solicitada pelo Presidente da República, isto é, não pode o Legislativo, de ofício, efetivar a delegação, obrigando o Presidente da República a legislar.

Apresentada a solicitação de delegação ao Congresso Nacional, será esta submetida a votação e, sendo aprovada, tomará a forma de resolução. Essa resolução deverá especificar o conteúdo da delegação e os termos para o seu exercício, tais como o termo de sua caducidade, as linhas gerais da lei etc.

Há que se ressaltar que “delegação” da função legislativa não se confunde com “renúncia” à função legislativa. A função legiferante é irrenunciável por parte do Poder Legislativo. Assim, mesmo durante o prazo concedido ao Presidente da República para editar a lei delegada, nada impede que o Congresso Nacional discipline a matéria por meio de lei ordinária. Da mesma forma, não há vedação para que, antes do esgotamento do prazo fixado na resolução, o Poder Legislativo desfaça a delegação. Por outro lado, a delegação não vincula o Presidente da República, podendo este decidir pela não elaboração da lei delegada.

A depender dos termos da resolução, o projeto de lei delegada, elaborado pelo Presidente da República, poderá ser ou não apreciado pelo Congresso Nacional.

Haverá obrigatoriedade de apreciação pelo Congresso Nacional se assim determinar a resolução, caso em que o projeto retornará ao Legislativo para que, em votação única, delibere sobre o mesmo, vedada qualquer emenda. Se o Congresso Nacional aprovar integralmente o projeto, o Presidente da República efetuará a promulgação e determinará sua publicação. Caso o Congresso rejeite integralmente o projeto de lei, este será arquivado, não podendo constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, salvo proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 67 da Constituição Federal. Essa delegação, que exige a apreciação do projeto de lei delegada pelo Congresso Nacional, recebe a denominação de delegação atípica ou impr pria.

Caso a resolução não determine a apreciação pelo Congresso Nacional, todo o processo de elaboração se esgotará no âmbito do Poder Executivo: o Presidente da República elaborará o projeto, providenciará a promulgação e determinará a publicação da lei. Essa delegação, que não exige a apreciação do projeto de lei delegada pelo Congresso Nacional, recebe denominação de delegação típica ou pr pria.

Finalmente, vale salientar que não há que se falar em VETO/SANÇÃO ao projeto de lei delegada, pois não haveria sentido o Presidente da República vetar/sancionar aquilo que ele próprio elaborou.

3) LIMITAÇÕES MATERIAS

A Constituição especifica algumas matérias que não podem ser objeto de delegação legislativa, dispondo que “não serão objeto de lei delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: atos de competência exclusiva do Congresso Nacional; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos” (CF, art. 68, § 1º).

4) SUSTAÇÃO DE LEI DELEGADA PELO CONGRESSO NACIONAL

Reza a Constituição Federal que é da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa (CF, art. 49, V).

Assim, caso o Presidente da República, ao dar efetividade à delegação recebida do Congresso Nacional, extrapole os limites fixados na resolução para a edição da lei delegada, poderá o Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, sustar referida lei delegada, suspendendo seus efeitos. Essa sustação é dotada de eficácia ex nunc (suspendendo os efeitos da lei delegada daí por diante, não retroativamente).

A respeito, dois aspectos devem ser ressaltados:

- a) a sustação pelo Congresso Nacional dos efeitos da lei delegada não impede a declaração de inconstitucionalidade desta lei pelo Poder Judiciário;
- b) o decreto legislativo do Congresso Nacional que suspende a lei exorbitante dos limites da delegação legislativa está sujeito ao controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário, inclusive mediante ação direta de inconstitucionalidade (ADIN).

EXERCÍCIOS.

- 1) Não existe limitação constitucional expressa à edição de lei delegada.
- 2) O decreto do Congresso Nacional que susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites da delegação legislativa não é suscetível de apreciação judicial.
- 3) Lei delegada pode dispor sobre matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.
- 4) Nada obsta que o Presidente da República, por meio de lei delegada, estabeleça normas a respeito da organização do Ministério Público.
- 5) Lei delegada, assim como o decreto do Presidente da República, constitui ato normativo secundário.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E

AULA 46: MANDADO DE SEGURANÇA

De todos os momentos que passei como professor, de 1997 até esta data, considero este o meu maior desafio (e de imensurável responsabilidade): escrever sobre mandado de segurança, para o fim de concurso público.

Um dos tópicos mais apaixonantes do Direito Constitucional, é também aquele que, certamente, oferece maior complexidade e grau de dificuldade para o candidato que não milita no meio jurídico, nos corredores dos tribunais. Possui uma infinidade de conceitos próprios (autoridade coatora, concessão da segurança, concessão e suspensão de liminar etc.), que muito dificultam a compreensão do candidato.

É este o meu desafio: apresentar um tema extremamente complexo, de forma objetiva, singela, no intuito de propiciar, especialmente àqueles que não têm formação jurídica, um aprendizado eficiente (para o fim de concurso!) e definitivo.

Abordarei, nesta e em algumas outras aulas subseqüentes, todos os aspectos que considero relevantes sobre o instituto (e que tenho visto nos mais diversos concursos), pois o permanente acompanhamento que tenho feito dos certames recentemente realizados evidencia que as bancas examinadoras têm exigido, cada vez mais, conhecimento aprofundado do candidato sobre essa ação constitucional.

1) CONCEITO

O conceito clássico de mandado de segurança é dado pelo Saudoso Prof. Hel Lopes Meirelles, para o qual "é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam".

Como se vê, cuida-se de ação que permite ao impetrante recorrer a um órgão do Estado (o Poder Judiciário) contra o abuso e a ilegalidade de outro órgão do próprio Estado, ou que exerça atividade estatal por delegação. Um meio judicial, de rito especial e sumaríssimo, colocado à disposição dos indivíduos para que eles se defendam de atos ilegais, ou praticados com abuso de poder.

O mandado de segurança funciona, portanto, como meio de controle da chamada "obrigação negativa do Estado". No Estado Democrático de Direito, os entes estatais, e aqueles que agem em seu nome, NÃO podem agir ilegalmente, tampouco com abuso de poder, lesando direitos individuais ou coletivos. Esta a chamada "atuação negativa do Estado" (obrigação de *não fazer*: o Estado NÃO pode fazer isso!), diferente da "atuação positiva", em que a Constituição exige um ato comissivo por parte do Estado (obrigação de *fazer*: o Estado PROMOVERÁ, na forma da lei, a defesa do consumidor; o Estado PRESTARÁ assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos etc.).

O mandado de segurança é cláusula pétrea, insuscetível de ser abolida por Emenda à Constituição (CF, art. 5º, LXIX c/c art. 60, § 4º, IV).

2) PARTES NO MANDADO DE SEGURANÇA

2.1) IMPETRANTE

O impetrante é o titular do direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. É aquele que pode valer-se da ação mandado de segurança para salvaguardar o seu direito lesado, ou ameaçado de lesão, por uma ilegalidade ou abuso de poder. É o sujeito ativo do mandado de segurança (legitimação ativa). Enfim, é o titular do direito líquido e certo, aquele que impetra o mandado de segurança.

Podem impetrar mandado de segurança:

- as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil;
- as universalidades reconhecidas por lei, que, embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos.

Como exemplos de universalidades despersonalizadas reconhecidas por lei podemos citar o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a sociedade de fato, a massa do devedor insolvente etc.

c) os órgãos públicos, que, embora despersonalizados, possuem capacidade processual para defesa de suas prerrogativas.

Como se sabe, os órgãos públicos distinguem-se das entidades públicas pelo fato de que aqueles são desprovidos de personalidade jurídica, ao passo que estas são dotadas de personalidade jurídica. Por exemplo: a União é uma **entidade pública**, detentora de personalidade jurídica; os Ministérios, as Secretarias, os Departamentos federais etc. são **órgãos públicos**, desprovidos de personalidade jurídica, integrantes da estrutura da União.

Em regra, os órgãos públicos **não** exercem capacidade processual, ficando esta a cargo da Entidade à qual pertencem (pois, na verdade, os órgãos são meras repartições de competência da entidade, manifestam a vontade da entidade). Por isso, nas ações judiciais ordinárias, quem figura é a entidade, e não o órgão. Se, por exemplo, numa colisão de um veículo do Departamento de Polícia Federal (órgão da União) com um particular, houve dano a ser reparado judicialmente, a competente ação judicial será proposta pela União (entidade pública), e não pelo Departamento de Polícia Federal (órgão público).

No caso de mandado de segurança, porém, é reconhecida a capacidade processual do órgão público, para a defesa de suas prerrogativas e atribuições. Se um órgão público vislumbra que suas prerrogativas ou atribuições estão sendo invadidas, usurpadas, por outro ente qualquer, poderá valer-se do mandado de segurança para assegurar tais prerrogativas e atribuições.

Entretanto, **não** é todo órgão público que pode impetrar mandado de segurança. Apenas os órgãos públicos de grau superior (denominados pela doutrina de órgãos independentes e superiores), que possuem prerrogativas e atribuições institucionais, podem fazê-lo. Seria o caso das Chefias do Poder Executivo, das Mesas do Poder Legislativo, das Presidências dos Tribunais etc..

d) os agentes políticos, na defesa de suas atribuições e prerrogativas.

Os chamados agentes políticos, que detêm prerrogativas e atribuições próprias, podem utilizar-se do mandado de segurança contra ato de autoridade que tolha o desempenho de suas atribuições ou afronte suas prerrogativas. São exemplos de agentes políticos que podem impetrar mandado de segurança na defesa de suas atribuições ou prerrogativas: governador de Estado, prefeitos municipais, magistrados, deputados, senadores, vereadores, membros do Ministério Público, membros dos Tribunais de Contas, Ministros de Estado, Secretários de Estado etc.

Em relação ao Ministério Público, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que, sendo aquele órgão parte na relação processual, poderá utilizar-se do mandado de segurança quando entender violado direito líquido e certo, competindo a impetração, perante os tribunais locais, ao Promotor de Justiça, quando o ato atacado emanar de Juiz de primeiro grau de jurisdição (STF, HC nº 69.802-6).

2.2) IMPETRADO

O impetrado é a **autoridade coatora**, aquele que figura no pólo passivo do mandado de segurança, que se obriga a responder em mandado de segurança, em virtude de ter praticado ato com ilegalidade ou abuso de poder. Enfim, será a autoridade coatora, que praticou um ato (ou ordenou concretamente a sua prática) com ilegalidade ou abuso de poder. É o sujeito passivo do mandado de segurança.

Podem responder em mandado de segurança:

a) autoridade pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim de suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista;

Cabe ressaltar que mesmo as autoridades do Poder Judiciário respondem em mandado de segurança, quando praticam atos administrativos ou proferem decisões judiciais que lesem direito líquido e certo do impetrante.

b) agente de pessoa jurídica privada, desde que no exercício de atribuições do Poder Público.

Como se vê, não são apenas as autoridades públicas que podem ser sujeito passivo no mandado de segurança. A ilegalidade ou o abuso de poder podem advir, também, de agente de **pessoa jurídica privada**, desde que no desempenho de atribuições do Poder Público. É o caso, por exemplo, dos concessionários e permissionários, que executam serviços públicos por delegação do Poder Público.

Se um empresário presta serviços de transporte coletivo à Municipalidade, mediante contrato de concessão com o Poder Público Municipal, os usuários desse serviço poderão, diante de lesão ou ameaça a direito líquido e certo, impetrar mandado de segurança apontando como autoridade coatora o citado empresário.

Os agentes de pessoa privada só respondem em mandado de segurança **se estiverem, por delegação, no exercício de atribuições do Poder Público**. Atos privados, praticados por pessoas, empresas ou instituições particulares, não se consideram “atos de autoridade”, para fins de impetração de mandado de segurança. Se uma empresa privada praticou ato ilegal contra o indivíduo, este ato não será passível de mandado de segurança (ressalvada a hipótese de referida empresa ter praticado esse ato no exercício de atribuição do Poder Público).

Importantíssimo destacar que o impetrado é a **autoridade coatora**, e **não** a pessoa jurídica ou órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício.

Por exemplo, se o Delegado da Receita Federal de Brasília pratica um ato (ou ordena a sua prática) com ilegalidade ou abuso de poder, o mandado de segurança será impetrado contra o Delegado da Receita Federal, e não contra a Secretaria da Receita Federal (órgão ao qual pertence o Delegado) ou contra a União (entidade à qual pertence a Secretaria da Receita Federal). Vale dizer, o impetrado será o Delegado da Receita Federal (autoridade coatora, que praticou ou ordenou concretamente a prática do ato), e não a Secretaria da Receita Federal ou a União.

Entretanto, nada impede que a entidade interessada (a União, no caso acima) ingresse no mandado de segurança a qualquer tempo, como litisconsorte do impetrado, por meio da atuação de seu representante judicial (no caso da União, por meio da Advocacia-Geral da União, exceto na hipótese da dívida ativa de natureza tributária, cuja representação caberá à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos exatos termos do art. 131, § 3º, da Carta Política).

2.3) MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é oficiante obrigatório no mandado de segurança, como parte pública autônoma, encarregada de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo.

Reza a Lei do Mandado de Segurança que após o prazo para prestação de informações pela autoridade coatora, será ouvido, no prazo de cinco dias, o representante do Ministério Público.

Importante ressaltar que o Ministério Público não atua no mandado de segurança como representante da autoridade coatora, tampouco da entidade a que pertence. Sua atuação é imparcial, como fiscal da aplicação da lei: manifestará sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento (pela presença ou ausência dos pressupostos liquidez e certeza, por exemplo), bem assim pela concessão ou denegação da segurança (análise meritória).

A falta de intimação do Ministério Público acarreta nulidade do processo, a partir do momento em que deveria officiar no feito.

A jurisprudência tem firmado a orientação segundo a qual não basta a mera intimação do órgão do Ministério Público, sendo indispensável o efetivo pronunciamento do órgão no feito, sob pena de nulidade (STJ, REsp 13.948/AM).

3) ESPÉCIES DE MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança pode ser repressivo ou preventivo.

O mandado de segurança **repressivo** tem por objeto reparar uma ilegalidade ou abuso de poder já cometidos. A autoridade coatora pratica o ato ilegal ou abusivo, o titular do direito toma conhecimento e então impetra o mandado de segurança, com o fito de reprimir a ilegitimidade da conduta.

Importante ressaltar que o mandado de segurança repressivo pode ter por objeto a repressão de um ato comissivo ou de uma omissão ilegais ou abusivos.

Se a autoridade coatora age positivamente, praticando determinado ato com ilegalidade ou abuso de poder (a exigência de um tributo inconstitucional, por exemplo), a impetração do mandado de segurança visará reprimir um ato comissivo, obtendo-se uma ordem judicial para que a autoridade ponha fim à prática do ato (cesse a exigência do tributo, por exemplo).

Pode acontecer, porém, de o mandado de segurança repressivo ter por objeto a repressão de uma omissão ilegal ou abusiva, como ocorre na hipótese de determinada autoridade não proceder ao despacho de um processo administrativo no prazo fixado em lei (o objeto do mandado de segurança será por fim à omissão, obtendo-se uma determinação judicial para que a autoridade pratique o ato faltante, no caso, o despacho do processo administrativo).

O mandado de segurança **preventivo** tem por objeto uma ameaça ao direito líquido e certo do impetrante. O ato ilegal ou abusivo ainda não foi praticado, mas há forte risco, uma ameaça concreta, ao impetrante de que ele venha a ser realizado.

O mandado de segurança preventivo tem sido largamente utilizado em matéria tributária, em que o contribuinte antecipa-se à ação do fisco, buscando a tutela jurisdicional para que não lhe seja exigido um tributo inconstitucional.

Suponha que uma lei tenha instituído, em julho de 2002, determinado tributo sujeito ao princípio da anterioridade, que, portanto, somente será exigível em relação a fatos geradores ocorridos a partir do primeiro dia do exercício seguinte (1/1/2003). Nesse caso, a partir da publicação da lei (julho de 2002), o contribuinte já poderá ingressar com mandado de segurança preventivo, com o fim de evitar que o fisco venha, a partir de 1/1/2003, exigir-lhe tal exação tributária.

Nesse caso, não se pode falar em descabimento do mandado de segurança, por se tratar de “lei em tese”, que ainda não produziu efeitos concretos. É que, considerando que a atividade de lançamento e exigência do crédito tributário é obrigatória e plenamente vinculada à lei, a mera publicação da lei já traz em si a presunção de que o fisco irá aplicá-la, exigindo o tributo dos contribuintes.

Pode-se falar, também, em mandado de segurança individual ou coletivo.

O mandado de segurança **individual** protege o direito líquido e certo do impetrante, de quem buscou a tutela jurisdicional. O direito individual a ser invocado deve ser do impetrante. Se o direito for de outrem, não será amparável por mandado de segurança (poderá ser protegido por outras ações, como a ação popular ou ação civil pública).

O mandado de segurança **coletivo** protege o direito pertencente a uma coletividade ou categoria, devidamente representadas por quem de direito.

Na atual Constituição, o mandado de segurança coletivo só pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Importante destacar que o número de indivíduos que figuram como impetrantes na ação é irrelevante para descaracterizá-la como mandado de segurança individual. Tanto é individual o mandado de segurança impetrado por uma pessoa quanto aquele ajuizado por um grupo determinado de pessoas, seja de cinco, dez ou vinte componentes.

No mandado de segurança coletivo, o interesse invocado pertence a uma categoria, agindo o impetrante – partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação – como mero substituto processual na relação jurídica. Vale dizer, referidas entidades impetram o mandado de segurança coletivo em seu nome, mas na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Se um grupo de dez Auditores da Receita Federal procuram o respectivo sindicato para o fim de pleitear, por meio do patrono desta entidade sindical, em sede de mandado de segurança, o reconhecimento de direito líquido e certo de que dispõem, a ação eventualmente intentada, em favor dos dez servidores, será **individual**; teremos, na hipótese, o chamado **litisconsorte ativo**; a ação será impetrada em nome dos Auditores (impetrantes).

Situação distinta ocorre quando o sindicato dos Auditores resolve intentar mandado de segurança na defesa de direito de toda a categoria, de todos os associados (contra a exigência de uma contribuição incidente sobre os seus vencimentos, por exemplo). Nesse caso, a entidade sindical estará atuando como substituto processual, a ação será mandado de segurança **coletivo**, intentada em nome do próprio sindicato, na defesa de seus associados.

4) DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Nem todo o direito é amparado pela via do mandado de segurança. A mera expectativa de direito não é protegida por mandado de segurança. A Constituição exige que o direito invocado seja **líquido e certo**.

O direito líquido e certo é aquele demonstrado de plano, de acordo com o direito, e sem incerteza, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. É o direito comprovado de plano, por meio de documentação inequívoca, no momento da impetração da ação.

Para o Prof. Hel Lopes Meirelles, direito líquido e certo "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração".

Na esteira dessa orientação, se a existência do direito for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não será cabível o mandado de segurança. Esse direito incerto, indeterminado, poderá ser defendido por meio de outras ações judiciais, mas não na via especial e sumária do mandado de segurança.

Por esse motivo, não há, em regra, instrução probatória no mandado de segurança. Impetrado o mandado de segurança, com a petição inicial e todos os documentos que comprovam, de plano, o direito líquido e certo do impetrante, haverá apenas a manifestação da autoridade coatora, prestando as informações ao juízo, para que este decida o direito, por meio da concessão de medida liminar ou da própria sentença. Não haverá produção de provas supervenientemente. As provas devem ser **pré-constituídas**, levadas aos autos do processo no momento da impetração do *mandamus*.

Nesse ponto, há que se destacar que a doutrina e a jurisprudência firmaram orientação no sentido de que a exigência de certeza e liquidez recai sobre a **matéria de fato**, e não sobre a de direito. Os **fatos** alegados pelo impetrante é que carecem de certeza e liquidez, que precisam ser comprovados. O autor, para ter direito à utilização do mandado de segurança, deve comprovar, de plano, a certeza e liquidez sobre a materialidade, sobre a existência fática da situação jurídica por ele suscitada.

Quanto ao direito, este é **sempre** líquido e certo. Eventuais dúvidas acerca da interpretação do direito sempre podem existir, mas esse fato não afasta a possibilidade de utilização do mandado de segurança. Da mesma forma, a simples alegação de "grande complexidade jurídica" do direito invocado não é motivo para obstar a utilização da via do mandado de segurança.

Em simples palavras: a exigência de liquidez e certeza recai sobre a matéria **de fato**, sobre os fatos alegados pelo impetrante para o ajuizamento do mandado de segurança. Estes, sim, necessitam de comprovação inequívoca, de plano; quanto ao direito, este é sempre líquido e certo: qualquer matéria de direito, por mais complexa e difícil, pode ser resolvida em mandado de segurança.

5) NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é ação de natureza **civil**, de rito sumário especial, destinada a salvaguardar direito líquido e certo do impetrante, contra ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O processo do mandado de segurança está disciplinado na Lei nº 1.533, de 1951, sendo a ele aplicáveis, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil (CPC).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança é sempre ação **civil**, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal.

Em decorrência desse entendimento do STF, temos que, qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado, o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação **civil**, no juízo competente, com a aplicação das regras do Código de Processo Civil (CPC). Se o ato coator for administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista etc., a natureza da ação não transmuda: **será sempre ação de natureza civil**.

Conforme visto, destina-se o mandado de segurança a corrigir ou impedir ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e certo, individual ou coletivo, do impetrante, por meio da expedição de uma ordem judicial a ser cumprida pela autoridade coatora.

O mandado de segurança alcança tanto os chamados **atos de autoridade** quanto as **ações ilegais ou abusivas**.

Nesta aula, você deverá fixar, pelos menos, os seguintes aspectos concernentes ao mandado de segurança (MS):

- 1) o MS é ação constitucional, de rito especial sumário, direito fundamental do indivíduo, erigido à categoria de cláusula pétrea;
- 2) no MS as partes são o impetrante (pólo ativo, o titular do direito, aquele que propõe a ação) e o impetrado (pólo passivo, a autoridade coatora, em face da qual é intentada a ação);
- 3) podem figurar como impetrante no mandado de segurança as pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou não no Brasil; os órgãos públicos de grau superior e os agentes políticos, na defesa de suas atribuições e prerrogativas; as universalidades despersonalizadas, reconhecidas pelo direito, como a massa falida, a herança, o espólio etc.
- 4) podem figurar como impetrado no MS autoridade pública ou agente de pessoa jurídica privada, desde que no exercício de atribuições do Poder Público;
- 5) o MS pode ser preventivo ou repressivo, individual ou coletivo;
- 6) a exigência de certeza e liquidez recai sobre a matéria **de fato**, e não sobre a de direito;
- 7) o MS é sempre ação de natureza **civil**, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, trabalhista, eleitoral etc.

Continuaremos na próxima aula.

EXERCÍCIOS

- 1) O mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, ainda quando amparado por habeas corpus ou habeas data.
- 2) O mandado de segurança é meio de controle da chamada atuação positiva do Estado, em que a Constituição exige um ato comissivo por parte dos poderes públicos, em favor do indivíduo.
- 3) O mandado de segurança, direito social constitucionalmente protegido, não pode ser abolido por meio de Emenda à Constituição.
- 4) Os órgãos públicos de grau superior, embora despersonalizados, possuem capacidade processual para a impetração de mandado de segurança acerca de qualquer matéria de seu interesse.
- 5) A jurisprudência, há muito, reconhece a capacidade processual de qualquer órgão público para a defesa de suas prerrogativas e atribuições na via do mandado de segurança.
- 6) Se um órgão público vislumbra que suas prerrogativas ou atribuições estão sendo invadidas, usurpadas, por outro ente qualquer, poderá valer-se do mandado de segurança para assegurar tais prerrogativas e atribuições.
- 7) Os magistrados, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, não podem figurar como pólo passivo em mandado de segurança. Se a eles cabe julgar referidas ações, não seria legítimo responderem, como praticantes de ilegalidade, nessa mesma ação.
- 8) Como regra geral, o impetrado é a pessoa jurídica à qual está subordinada a autoridade que praticou o ato impugnado em mandado de segurança.
- 9) O mandado de segurança repressivo pode ter por objeto a repressão de um ato comissivo praticado pela autoridade coatora. As omissões ilegais dessa mesma autoridade não podem ser discutidas em mandado de segurança, pois contra elas a ação a ser proposta é o mandado de injunção.
- 10) Considere a seguinte situação hipotética: a União instituiu, por meio da Lei nº 10.097, de agosto de 2001, uma contribuição social destinada ao custeio da seguridade social, cuja exigência somente alcançará os fatos geradores ocorridos noventa dias após a publicação da referida Lei. Considerando que o mandado de segurança é ação voltada para a salvaguarda de direito líquido e certo, é correto afirmar que os sujeitos passivos dessa exação tributária não poderão discutir, em sede de mandado de segurança, a inconstitucionalidade dessa Lei antes de iniciada a sua incidência concreta aos respectivos fatos geradores da contribuição. Como referida Lei só alcança os fatos geradores ocorridos

após noventa dias de sua publicação, durante esse prazo os sujeitos passivos não têm direito líquido e certo a defender.

11) O mandado de segurança coletivo só pode ser impetrado por associação, partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

12) O mandado de segurança não ampara mera expectativa de direito.

13) Não há, em regra, instrução probatória no mandado de segurança, pois as provas devem ser pré-constituídas.

14) Segundo a orientação dominante, a exigência de certeza e liquidez recai sobre a matéria de fato, e não sobre a de direito.

15) A alegação de grande complexidade jurídica do direito invocado não é motivo para obstar a utilização da via do mandado de segurança.

16) O mandado de segurança é sempre ação civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal.

17) Se o ato impugnado é de natureza penal, o procedimento do mandado de segurança correspondente seguirá as regras previstas no Código de Processo Penal (CPP).

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13C 14C 15C 16C 17E

AULA 47: MANDADO DE SEGURANÇA (PARTE 2)

6) PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte dias), a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que referido prazo é de **decadência** do direito à impetração. Sendo de decadência, significa que **não** se interrompe nem se suspende, desde que iniciado.

Na contagem desse prazo, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil (CPC), quais sejam: exclusão do dia inicial, inclusão do dia de vencimento e o devido deslocamento, se o último dia do prazo (120º dia) cair em dia não útil.

Havendo séria dúvida quanto ao início do prazo, deve-se resolver a dúvida em favor do impetrante.

Quando a lei fixar prazo para a autoridade praticar o ato e a realização deste não depender de pedido do interessado, devendo ser praticado ex officio, o prazo para a impetração do mandado de segurança começará a correr do dia em que terminar aquele prazo fixado na lei, pois aí começará o ato lesivo.

6.1) ATO DE TRATO SUCESSIVO E PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

Se o ato impugnado é de trato sucessivo (pagamento periódico de vencimentos; prestações mensais de determinado contrato etc.), o prazo de cento e vinte dias renova-se a cada ato.

Se a Administração Pública está efetuando desconto ilegal no pagamento mensal dos vencimentos do servidor público, a cada mês (em que há a prática do ato ilegal, que é o desconto indevido) renova-se o prazo de cento e vinte dias para a impetração.

6.2) IMPETRAÇÃO PERANTE JUÍZO INCOMPETENTE

Não corre o prazo de decadência se o mandado de segurança foi protocolado a tempo, ainda que perante Juízo incompetente.

Se o interessado impetrou o mandado de segurança no 110º dia do conhecimento oficial do ato impugnado, mas o fez perante Juízo incompetente, e este só vem a declinar de sua competência vinte dias após, não terá ocorrido a decadência (mesmo tendo ultrapassado o prazo de cento e vinte dias, não há que se falar em decadência, pois esta não corre após a impetração do mandado de segurança, ainda que perante Juízo incompetente).

6.3) PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA

O pedido de reconsideração, na via administrativa, não interrompe o prazo para a impetração do mandado de segurança (STF, Súmula 430).

Se prolatada uma decisão administrativa desfavorável ao interessado, e este vem a ingressar com pedido de reconsideração, este pedido não tem o condão de interromper a decadência, vale dizer, o prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança continua a correr normalmente contra o administrado.

6.4) MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

Se o mandado de segurança é do tipo preventivo, não há que se falar em prazo decadencial de cento e vinte dias para sua impetração.

Ora, se o mandado de segurança preventivo visa a evitar que um ato ilegal ou abusivo venha a ser praticado contra direito líquido e certo do interessado, não faz sentido falar-se em decadência, uma vez que o ato coator ainda não foi praticado. Praticado o ato, aí sim, começa a correr o prazo de decadência de cento e vinte dias, mas agora não mais para a impetração de mandado de segurança **preventivo** (se já houve a prática do ato, o mandado passa a ser **repressivo**).

Exemplificando: suponha que em fevereiro de 2002 seja publicada uma lei instituindo tributo sujeito ao princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, "b"), que, portanto, somente será exigível a partir de 1º/1/2003. Suponha, também, que referida lei padeça de flagrante e inarredável inconstitucionalidade.

Nessa hipótese, temos o seguinte:

1º) a partir da publicação da lei (que, conforme vimos na aula passada, tem efeito concreto, pois presume-se que o fisco, em face da natureza vinculada da constituição do crédito tributário, exigirá o tributo a partir de 1º/1/2003), o contribuinte já pode impetrar mandado de segurança **preventivo**, e

este direito persiste até 31/12/2002, não se falando nesse período em contagem de prazo decadencial de cento e vinte dias;

2º) a partir de 1º/1/2003, com a efetiva exigência do tributo por parte do fisco, não se fala mais, em relação ao tributo exigido, em mandado de segurança **preventivo**, pois o ato coator já foi praticado. A partir de então, pode o contribuinte tentar sustar a ação do fisco, de exigência do tributo inconstitucional, por meio do mandado de segurança **repressivo**.

7) COMPETÊNCIA PARA JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA

7.1) REGRA GERAL

Em regra, a competência para julgar mandado de segurança é definida pela categoria da **autoridade coatora** e pela sua sede funcional.

Conforme o magistério do Prof. Celso Agrícola Barbi, citando Castro Nunes:

"A determinação da competência para julgamento do mandado de segurança está assentada em dois princípios:

- a) o da qualificação da autoridade coatora como "federal" ou "local";
- b) o da "hierarquia" daquela autoridade."

Importantíssimo ressaltar que, conforme dito acima, a competência para o julgamento do mandado de segurança leva em consideração a **autoridade coatora**, ou seja, a autoridade coatora é que determina o juiz natural do mandado de segurança.

Exemplificando: caso se pretenda desfazer judicialmente um ato do Presidente da República por meio de uma **ação ordinária**, o Juízo competente será a Justiça Federal (CF, art. 109, I). Veja-se que, no caso de uma ação ordinária, relevante é a figura da entidade federada (UNIÃO) para a determinação do Juízo competente. Entretanto, caso se pretenda desfazer judicialmente um ato do Presidente da República por meio do **mandado de segurança**, competente será o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "d"). Como se vê, em se tratando de mandado de segurança, a determinação do Juízo competente é feita a partir da **autoridade coatora** (no caso, o Presidente da República – e não a União Federal).

Ressalvadas algumas regras especiais, temos então o seguinte: se a autoridade coatora for federal, competente será a Justiça Federal; se a autoridade coatora for estadual ou municipal, competente será a Justiça Estadual.

Exemplificando: se o Delegado da Receita Federal de Porto Alegre (autoridade federal) pratica um ato ilegal, o Juízo competente será a Justiça Federal em Porto Alegre (RS); se o ato é praticado pelo Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (autoridade estadual), a competência para o julgamento de eventual mandado de segurança é da Justiça Estadual.

7.2) IRRELEVÂNCIA DA MATÉRIA PARA FINS DE DETERMINAÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE

É irrelevante, para fixação da competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, posto que é em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o Juízo a que deve ser submetida a ação.

Enfim, não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional.

7.3) COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabeleceu a competência originária para o julgamento do mandado de segurança contra ato de certas autoridades, a saber:

- a) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: compete ao STF processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "d");
- b) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: compete ao STJ processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal (CF, art. 105, I, "b");
- c) TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS: compete aos TRF processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (CF, art. 108, I, "c");

d) JUIZES FEDERAIS (1ª INSTÂNCIA): aos Juizes Federais compete processar e julgar o mandado de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.

7.4) MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE TRIBUNAL

Todos os tribunais têm competência para julgar, originariamente, os mandados de segurança contra seus atos, os dos respectivos Presidentes e os de suas Câmaras, Turmas ou Seções.

Portanto, mandado de segurança contra ato do STJ, do Presidente do STJ ou de uma Turma do STJ será julgado pelo próprio STJ; se o mandado de segurança é contra ato do TJ, do seu Presidente ou de suas Turmas, a competência para o julgamento é do próprio TJ - e assim sucessivamente.

7.5) COMPETÊNCIA PARA JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL

Quanto à Justiça Estadual, a matéria é regulada nas Constituições dos respectivos Estados-membros e nas leis locais de organização judiciária, competência essa haurida de previsão expressa da Carta Política de 1988 (CF, art. 125).

A intervenção da União ou de suas autarquias no mandado de segurança desloca a competência para a Justiça Federal.

7.6) JUSTIÇA FEDERAL E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DA UNIÃO

A Constituição Federal, ao definir a competência da Justiça Federal (CF, art. 109, I), não se referiu às **sociedades de economia mista da União**, razão pela qual a competência para julgar mandado de segurança contra atos dos dirigentes dessas entidades é da Justiça Estadual.

7.7) ATO DE AUTORIDADE DELEGADA

Se o ato impugnado tiver sido praticado por entidade privada, ou mesmo estadual ou municipal, mas dentro do **exercício de delegação federal**, a competência para o julgamento do mandado de segurança será da Justiça **Federal**.

Exemplificando: se uma autoridade municipal (Secretário Municipal de Finanças, por exemplo) ou estadual aceita delegação da União, responderão essas autoridades por tais atribuições como autoridade **federal**, perante a Justiça Federal.

8) NATUREZA RESIDUAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é ação de natureza residual, subsidiária, pois, nos termos constitucionais, somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido **não** for amparado por habeas corpus ou habeas data.

Se o direito a ser tutelado é a liberdade de locomoção, incabível a impetração de mandado de segurança, pois será caso para a proteção do habeas corpus; se o objetivo almejado pelo interessado for o conhecimento de informações relativas a sua pessoa, constantes de registros ou banco de dados de caráter público, o remédio a ser utilizado será o habeas data, e não o mandado de segurança.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual "o mandado de segurança **não** substitui a ação popular" (STF, Súmula 101).

Segundo o Tribunal, para o cabimento do mandado de segurança, exige-se que o direito postulado seja do próprio impetrante, e que a concessão da segurança lhe traga benefício direto. Se o objeto é a anulação de um ato ilegal (lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico cultural), sem gerar ao impetrante nenhum benefício próprio, o caso é para propositura de ação popular, e não de mandado de segurança.

Enfim, o âmbito de proteção do mandado de segurança é residual, chega-se a ele por exclusão dos demais remédios constitucionais: se o direito líquido e certo violado não for amparado por habeas corpus, por habeas data ou por ação popular, aí sim, será cabível a impetração do mandado de segurança. Se o direito estiver no âmbito de proteção de quaisquer dessas ações, não será possível utilizar-se do mandado de segurança.

Em sala de aula, para deixar claro a impossibilidade de substituição de um remédio constitucional por outro, começo a tratar do assunto "mandado de segurança" com a seguinte frase: "cuidado, se você utilizar o remédio errado na hora da prova, morrerá na praia"!!!

A brincadeira serve para deixar claro aos alunos que nem todo o direito líquido e certo pode ser protegido pela via do mandado de segurança, pois cada remédio constitucional tem um campo de

proteção específico, delimitado. Por óbvio: o indivíduo pode ter violado, ou ameaçado, o seu direito líquido e certo de locomoção, mas tal ofensa não poderá ser reprimida por meio do mandado de segurança, pois a hipótese está no âmbito de proteção do habeas corpus; o indivíduo poderá ter interesse legítimo em reparar um dano ao meio ambiente, mas não poderá valer-se do mandado de segurança para tal, pois cuida-se de situação protegida pela ação popular etc.

Enfim, devem ser levadas para a prova as seguintes máximas: “se é caso para HC, não cabe MS”; “se é caso para HD, não cabe MS”; “se é caso para AP, não cabe MS”; “se é caso para HD, não cabe HC ou MS”; “se é caso para HC, não cabe HD ou MS” etc.

9) CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Em regra, o mandado de segurança é cabível contra o chamado “**ato de autoridade**”, entendido como qualquer manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções.

Três aspectos merecem destaque nesse conceito de **ato de autoridade**.

Primeiro, que não só atos emanados de autoridades públicas, mas também aqueles oriundos de pessoas naturais ou jurídicas privadas no exercício de atribuições do Poder Público, são considerados atos de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança.

Segundo, que não só as manifestações positivas, comissivas, são consideradas “atos de autoridade”, pois as **omissões** das autoridades também podem violar direito líquido e certo do indivíduo, legitimando a impetração do mandado de segurança.

Terceiro, que o mandado de segurança só será cabível se o ato lesivo ou ameaçador tiver sido praticado pela autoridade atuando como “**Poder Público**”, vale dizer, no exercício de atribuição do Poder Público. Os atos praticados como mera pessoa privada não se sujeitam à proteção do mandado de segurança, podendo ser questionados apenas pelas vias processuais comuns (ação ordinária, por exemplo).

Destacarei, a seguir, alguns “atos de autoridade” que podem ser protegidos mediante a impetração do mandado de segurança.

9.1) ATOS JUDICIAIS (SENTENÇA, ACÓRDÃO, DESPACHO)

Os atos judiciais – sentença, acórdão ou despacho – configuram **atos de autoridade** para fins de mandado de segurança. Se o ato judicial ofende direito líquido e certo do indivíduo, plenamente cabível mandado de segurança para sua correção, seja em que Juízo for.

Se a decisão judicial é ofensiva de direito líquido e certo do interessado, e **desde que não haja recurso judicial próprio, ou seja este sem efeito suspensivo**, o mandado de segurança poderá ser utilizado para sustar os efeitos da referida decisão.

É, portanto, cabível mandado de segurança contra decisões judiciais no âmbito da justiça comum, da justiça criminal, da justiça trabalhista, da justiça militar etc.

A respeito, veja-se a lição do Prof. Hel Lopes Meirelles, exposta na sua unânime obra “Mandado de Segurança”:

“A jurisprudência tem admitido a impetração do mandado de segurança contra atos judiciais independentemente da interposição de recurso sem efeito suspensivo quando ocorre violação frontal de norma jurídica, por decisão teratológica, ou nos casos em que a impetração é de terceiro, que não foi parte no feito, embora devesse dele participar, usando o remédio heróico para evitar que sobre ele venham a incidir os efeitos da decisão proferida”.

9.2) ATOS ADMINISTRATIVOS EM GERAL

Os atos administrativos emanados das autoridades públicas, ou de agente de entidades privadas no exercício de delegação do Poder Público, constituem os **atos de autoridade** típicos, para fins de impetração do mandado de segurança.

A expressão “atos administrativos” aqui empregada há que ser vista em sentido amplo, alcançando não só os atos oriundos do Poder Executivo, mas também aqueles emanados das autoridades dos Poderes Judiciário e Legislativo, no desempenho de função administrativa.

9.3) ATOS LEGISLATIVOS TÍPICOS

Os atos praticados pelas autoridades legislativas na sua função típica – elaboração da lei – também se sujeitam à correção via mandado de segurança. Se o trâmite do processo legislativo de elaboração

das espécies normativas – leis, decretos legislativos, emendas à Constituição etc. – desrespeitar regras dos Regimentos das Casas Legislativas ou o texto da Constituição, plenamente cabível o mandado de segurança.

9.4) LEIS E DECRETOS DE EFEITOS CONCRETOS

Conforme veremos adiante, não cabe mandado de segurança contra “lei em tese”, pois esta, por si só, não tem o condão de violar direito subjetivo do indivíduo.

Porém, as chamadas leis (ou decretos) de efeitos concretos são, plena e imediatamente, atacáveis pela via do mandado de segurança.

Por “leis de efeitos concretos” entende-se aquelas que são desprovidas de generalidade e abstração, que já regulam concretamente certas situações, com destinatários certos ou determinados. Enfim, são todas as leis “meramente formais”, que têm forma de lei (pois aprovadas pelos órgãos legislativos) mas conteúdo de ato administrativo (pois, desprovidas de normatividade, generalidade e abstração, visam a regular situações específicas).

São exemplos de normas meramente formais (ou de efeitos concretos): lei que concede isenção de tributos; lei que proíbe o exercício de determinada atividade individual; decreto que desapropria um imóvel; decreto de exoneração de um servidor; decreto de nomeação de um servidor etc.

9.5) ATOS OMISSIVOS

Não só os atos comissivos, mas também aqueles omissivos, podem causar lesão ao direito líquido e certo do indivíduo, sujeitando-se, nessa hipótese, ao mandado de segurança.

Se a Administração tem o dever de praticar determinado ato e não o faz, estará violando direito líquido e certo do interessado, sujeitando-se ao mandado de segurança.

É o caso, por exemplo, da recusa por parte da Administração em emitir certidões, em despachar requerimentos administrativos etc.

10) DESCABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Embora a tendência atual do mandado de segurança seja a ampliação do seu âmbito de proteção (jurisprudência e doutrina caminham nesse sentido), existem atos que não se sujeitam ao seu controle, conforme comentado a seguir.

10.1) LEI EM TESE

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese, salvo se produtora de efeitos concretos (STF, Súmula 266).

A lei em tese, de conteúdo meramente normativo, genérico e abstrato, não é atacável por mandado de segurança, em virtude de que ela, por si só, não lesa qualquer direito individual.

Conforme vimos no item precedente, somente as leis formais, de efeitos concretos, são passíveis de mandado de segurança, desde a sua publicação, pois estas equivalem a atos administrativos, e, por terem destinatários certos, podem violar, de imediato, direitos individuais.

Para o controle da constitucionalidade das “leis em tese” existe a via própria, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, que é a ação direta de inconstitucionalidade (Adin), nos termos do art. 102, I, “a”, da Carta Política.

10.2) DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO

Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado (STF, Súmula 268).

Se a decisão judicial transitou em julgado, materializando a chamada “coisa julgada”, não poderá mais ser atacada mediante a impetração de mandado de segurança.

Para o eventual desfazimento da coisa julgada, a via própria é a **ação rescisória**, nos termos e limites prescritos pelo Código de Processo Civil (CPC).

10.3) ATOS

Os atos *interna corporis* são aqueles praticados pelas Casas Legislativas – Plenário, Comissões, Mesas – no tocante à matéria direta e exclusivamente relacionada com as atribuições e prerrogativas de tais Corporações.

Esses atos *interna corporis* **não** se sujeitam ao controle judicial, ainda que por meio do mandado de segurança.

É um equívoco, porém, imaginar-se que qualquer ato praticado pelas Casas Legislativas consubstanciam assunto *interna corporis*, insuscetível de correção na via do mandado de segurança. Conforme vimos no item precedente, se houver, por parte dos órgãos legislativos, descumprimento das regras estabelecidas na Constituição Federal (atinentes ao processo legislativo, por exemplo), ou mesmo em seus Regimentos, o mandado de segurança será plenamente cabível, para reparar eventuais danos causados a direito líquido e certo de terceiros, dos próprios membros das Casas Legislativas, de partido político etc.

10.4) ATO DE QUE CAIBA RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO

A Lei do Mandado de Segurança exclui, expressamente, do seu âmbito de proteção o **“ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”** (Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, I).

Essa norma, de natureza ordinária, não pode ser interpretada de modo restritivo, sob pena de ser ela considerada inconstitucional.

A nosso ver, e na esteira de Hel Lopes Meirelles e Carlos Mário da Silva Velloso, ela **não** obriga o particular a exaurir a via administrativa para, somente após, utilizar-se da via judiciária, por meio do mandado de segurança.

O que se deve entender é que, mesmo cabendo recurso administrativo com efeito suspensivo, admitir-se-á o mandado de segurança, **desde que o administrado abra mão do recurso administrativo**.

A questão é simples, senão vejamos:

a) suponha que o administrado esteja no curso de um processo administrativo em que lhe foi proferido um ato desfavorável (uma decisão de primeira instância administrativa, por exemplo), que ele entenda ilegal ou abusivo, ofensor do seu direito líquido e certo, mas contra o qual existe, no próprio processo administrativo, a previsão de recurso com efeito suspensivo, independentemente de caução (garantia em dinheiro ou bens, fiança bancária etc.);

b) nesse caso, ele terá, então, duas opções: (1ª) suspender os efeitos da decisão que lhe foi desfavorável mediante a interposição do próprio recurso administrativo; (2ª) abrir mão do recurso administrativo e impetrar mandado de segurança, pleiteando a sustação e/ou desfazimento da decisão administrativa.

O que não se admite, nessa hipótese, é a concomitância do recurso administrativo (com efeito suspensivo) com o mandado de segurança, porque, se os efeitos do ato já foram sustados pela interposição do recurso administrativo, nenhuma lesão haverá enquanto não for apreciado o referido recurso. Enfim, se interposto o recurso administrativo com efeito suspensivo contra o ato, deixa ele de ser operante e exequível, não havendo razão que venha a ser impugnado em sede de mandado de segurança.

Entretanto, para todo o ato administrativo contra o qual **não exista recurso administrativo com efeito suspensivo**, ou **exista este mas somente mediante caução** (oferecimento de bens em garantia, depósito em dinheiro, títulos, fiança bancária etc.), cabe mandado de segurança.

10.5) ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO

A Lei do Mandado de Segurança exclui, expressamente, do seu âmbito de proteção o **“despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”** (Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, II).

Se o ato judicial (sentença, acórdão, despacho) é passível de recurso com efeito suspensivo, não há que se falar em mandado de segurança, porque, uma vez interposto o recurso judicial cabível, o ato deixa de ser operante e exequível, ficando seus efeitos suspensos até a apreciação do referido recurso.

Na mesma situação – decisão judicial com previsão de recurso com efeito suspensivo –, se não for interposto o recurso, haverá preclusão, podendo, se for o caso, materializar-se a chamada coisa julgada.

Entretanto, se o recurso contra a decisão judicial **não possuir efeito suspensivo**, é cabível a impetração do mandado de segurança para resguardar eventual direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão pelo próprio Poder Judiciário (que emitiu a decisão ilegal ou abusiva).

Nessa hipótese, o mandado de segurança deve ser impetrado **concomitantemente** com o recurso judicial próprio (apelação, agravo etc.), pois o mandado de segurança **não** substitui o recurso cabível, apenas visa a suspender os efeitos da decisão judicial impugnada.

Portanto, frise-se, o mandado de segurança **não substituirá** o recurso judicial próprio, pois por ele (mandado de segurança) não se reforma, não se desfaz, a decisão judicial impugnada, mas apenas se obtém a sustação de seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a apreciação do recurso (que deverá, como se viu, ser interposto, no prazo legal, concomitantemente com o mandado de segurança).

Essa hipótese – uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo aos recursos judiciais que não o tenham, desde que interposto estes (os recursos) concomitantemente com aquele (mandado de segurança) – é largamente utilizada no dia-a-dia dos tribunais no nosso país, e pode ser assim entendida:

a) suponha que o interessado esteja no curso de um processo judicial qualquer (ação ordinária, por exemplo), em que lhe foi proferida uma decisão desfavorável (uma sentença de primeira instância da Justiça Federal, por exemplo), que ele entenda ilegal ou abusiva, ofensiva do seu direito líquido e certo, mas contra a qual exista, no próprio processo judicial, a previsão de recurso **sem** efeito suspensivo (recurso de apelação, por exemplo);

b) nesse caso, se o interessado tiver interesse em sustar os efeitos da decisão que lhe foi desfavorável, ele deverá assim proceder: (1º) interpor o recurso judicial próprio (no exemplo, a apelação) no prazo fixado em lei, para evitar que ocorra a preclusão; (2ª) impetrar, concomitantemente, o mandado de segurança, pleiteando a sustação dos efeitos da decisão que lhe foi desfavorável.

Em geral, desde que demonstradas a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ao direito líquido e certo do impetrante (*periculum in mora*), o que geralmente ocorre no mandado de segurança é a concessão de medida liminar pelo Juiz, dando efeito suspensivo ao recurso interposto.

No exemplo acima, caso o recurso cabível **tivesse efeito suspensivo**, seria incabível a impetração do mandado de segurança, pois não haveria, com a interposição do recurso, ofensa a ser reprimida, uma vez que os efeitos da decisão judicial estariam obstados até a apreciação do referido recurso.

10.6) ATO DISCIPLINAR

Finalmente, a Lei do Mandado de Segurança exclui, expressamente, do seu âmbito de proteção o “**ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial**” (Lei nº 1.533, de 1951, art. 5º, III).

Conforme nos ensina Celso Agrícola Barbi, essa restrição é decorrência da “natureza discricionária do ato disciplinar, que não se coaduna com o exame judicial do mérito da pena, seja qual for a via processual escolhida. A intervenção do Poder Judiciário é, assim, limitada ao exame apenas da legalidade do ato disciplinar e não de sua justiça”.

Essa posição, porém, tem sido objeto de abrandamento por parte da doutrina (Carlos Mário da Silva Velloso; Hel Lopes Meirelles), que a tem considerado incompatível com a Constituição Federal, ao fundamento de que:

“não se legitima a exclusão dos atos disciplinares, que, embora formalmente corretos e expedidos por autoridade competente, podem ser ilegais e abusivos no mérito, a exigir pronta correção mandamental” (Hel Lopes); e

“deve-se entender que o citado dispositivo legal está se reportando aos elementos essenciais do ato administrativo – competência, forma, objeto, motivo e finalidade – sem exceção, mesmo porque todo ato administrativo deve ser examinado em função de seus elementos. Se qualquer deles contiver vício, o ato é nulo. E o ato disciplinar é espécie de ato administrativo” (Velloso).

Concluiremos o estudo do mandado de segurança na próxima aula...

EXERCÍCIOS

1) Pessoas jurídicas de direito público podem invocar certos direitos fundamentais previstos no capítulo da Constituição relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, como o direito à impetração de mandado de segurança, por exemplo.

- 2) Proposta de emenda à Constituição, mesmo que ainda não votada no Congresso Nacional, pode ser objeto de controle de constitucionalidade no caso concreto, por meio da impetração de mandado de segurança.
- 3) É possível sustar, via mandado de segurança, o trâmite de projeto de emenda à Constituição que afronte cláusula pétrea.
- 4) Não é parte legítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança o dirigente de sociedade de economia mista, ainda que o ato praticado seja qualificado como ato de autoridade, concernente às funções que lhes forem delegadas pelo poder público porque, no caso, a impetração deve ser dirigida contra a autoridade que tiver delegado o ato.
- 5) Se um indivíduo sofrer constrangimento ilegal no seu direito líquido e certo à liberdade de locação no curso de um inquérito policial ou de uma ação penal, poderá valer-se da ação de mandado de segurança para pôr fim à lesão a seu direito, desde que constitua, por meio de procuração por instrumento público ou particular, advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.
- 6) Determinada associação pleiteia junto ao Poder Público a obtenção de informações pessoais de seus membros, constantes de bancos de dados oficiais. Isso porque a associação, em face de suas atividades, teme que seus membros sofram perseguições por parte do governo, por serem considerados subversivos. Todavia, o Poder Público se nega a dar-lhe conhecimento de tais informações. Nesse caso, se a associação quiser, em seu próprio nome, ingressar com uma medida judicial para assegurar seu pleito, deverá ingressar com mandado de segurança coletivo.
- 7) Mandado de segurança somente pode ser utilizado para a defesa de direitos e garantias individuais, sendo vedado o seu uso com objetivo de defender atribuições ou prerrogativas de órgãos públicos.
- 8) Considere que Tício tenha sido demitido do serviço público, por ato publicada em órgão oficial da imprensa no dia 2 de fevereiro de 1998, uma segunda-feira. Considere, ainda, que a publicação do ato seja suficiente para que a demissão surta todos os seus efeitos. No dia em que o ato foi publicado, entretanto, Tício estava de férias. Somente uma semana depois tomou conhecimento da demissão, quando o seu chefe imediato lhe contou a novidade. A Lei nº 1.533/51, no seu art. 18, dispõe que "o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado". À vista desses dados e da jurisprudência pacificada do STF, pode-se afirmar que esse prazo de cento e vinte dias é de prescrição e começa a ser contado da publicação do ato de demissão no órgão de imprensa oficial.
- 9) O indivíduo que sofrer ato ilegal de agente público contra o direito líquido e certo de locomoção pode recorrer ao Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança, contra a ilegalidade, sem prejuízo da ação penal que poderá vir a ser instaurada, caso se configurar o crime de abuso de autoridade.
- 10) Considere a seguinte notícia, de autoria do jornalista Lúcio Vaz, divulgada na Folha de São Paulo, em 15/9/1997: a Câmara dos Deputados pagou o salário de sete jogadores e do supervisor do time de futebol do Itumbiara Esporte Clube. Todos eles foram contratados por meio do gabinete do Deputado Zé Gomes da Rocha (PSD/GO), presidente do clube de 94 a 96, que confirmou ter contratado os jogadores pelo gabinete e disse que voltará a fazê-lo se for o presidente do clube de novo. Em face dessa notícia e partindo da premissa de que é inconstitucional e lesivo ao patrimônio público o pagamento de remuneração, com verba pública, em situação de ofensa aos princípios da finalidade e da moralidade, qualquer cidadão poderia ajuizar, com base na Constituição, mandado de segurança contra os atos do citado parlamentar.
- 11) Mandado de segurança não pode ser utilizado na defesa de competência de órgão público.
- 12) A ação de mandado de segurança, de natureza civil, não pode ser utilizada no curso de processo penal.
- 13) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o prazo de cento e vinte dias para impetração do mandado de segurança é de decadência do direito à impetração.
- 14) Se o ato impugnado é de trato sucessivo, o prazo de cento e vinte dias para a impetração do mandado de segurança deve ser contado, sempre, a partir da data do primeiro pagamento.
- 15) O pedido de reconsideração, na via administrativa, interrompe o prazo para a impetração do mandado de segurança.

- 16) Em regra, a competência para julgar mandado de segurança é definida pela natureza da matéria impugnada (*ratione materiae*).
- 17) O mandado de segurança contra ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) será apreciado, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de ser o STJ tribunal superior.
- 18) A competência para julgar mandado de segurança contra ato de dirigente de sociedade de economia mista da União é da Justiça Federal.
- 19) Em face do princípio do federalismo, se o ato impugnado tiver sido praticado por entidade estadual, ainda que dentro do exercício de delegação federal, a competência para o julgamento do mandado de segurança será da Justiça Estadual.
- 20) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo de ação popular.
- 21) A mera omissão de uma autoridade administrativa pode ferir direito líquido e certo do indivíduo, legitimando a impetração do mandado de segurança.
- 22) Os atos praticados como mera pessoa privada, sem a natureza de ato do Poder Público, não se sujeitam à proteção do mandado de segurança.
- 23) Em face do princípio da separação dos Poderes da República, os atos judiciais – sentença, acórdão ou despacho – são insuscetíveis de mandado de segurança.
- 24) Não cabe mandado de segurança contra lei em tese, ainda que produtora de efeitos concretos.
- 25) Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.
- 26) Os atos tipicamente interna corporis não se sujeitam a controle em sede de mandado de segurança.
- 27) Não cabe mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.
- 28) Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais, ainda que com efeito meramente devolutivo.
- 29) Em homenagem ao mérito administrativo, não se pode questionar, em sede de mandado de segurança, o requisito “forma” de um ato disciplinar.
- 30) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as chamadas leis de efeitos concretos não são suscetíveis de apreciação em sede de mandado de segurança.

GABARITO:

1C 2C 3C 4E 5E 6E 7E 8E 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15E 16E 17E 18E 19E 20C 21C 22C 23E 24E 25C
26C 27C 28E 29E 30E

AULA 48: MANDADO DE SEGURANÇA (PARTE FINAL)

Encerraremos hoje o assunto mandado de segurança...

11) DETERMINAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

A exata determinação de quem seja a autoridade coatora em cada caso concreto é de suma importância no processo de mandado de segurança, pois, conforme vimos, disso depende a fixação do Juízo competente para o julgamento da ação (a competência para o julgamento do mandado de segurança é fixada a partir da categoria e sede funcional da autoridade coatora).

Conforme vimos na aula passada, coator será a autoridade, pública ou privada, que, no exercício de atribuição do Poder Público, praticar ato ilegal ou abusivo contra direito líquido e certo do interessado.

Nesse ponto, peço vênia para reforçar o seguinte: pouco interessa se a autoridade é pública ou privada; o que importa é que ela esteja agindo com parcela do "Poder Público". Se uma autoridade pública pratica ato não revestido da natureza de "Poder Público", não será ele passível de correção por meio do mandado de segurança. De outra parte, pode o agente privado praticar ato suscetível de correção na via do mandado de segurança, bastando que ele esteja exercendo atividade delegada do Poder Público.

Exemplificando: se a Administração Pública dispensa um empregado sem justa causa; ou compra uma mercadoria e não paga no dia aprazado, esses atos não são passíveis de mandado de segurança, pois não foram praticados com parcela de "Poder Público", não são "atos de autoridade" para o fim de impetração de mandado de segurança (apesar de praticados por agentes públicos, são atos essencialmente privados).

A Lei do Mandado de Segurança não conceituou autoridade coatora, deixando essa tarefa para a elaboração doutrinária e jurisprudencial, que, aos poucos, vêm fixando suas características.

Como regra geral, a doutrina firmou-se no sentido de que autoridade coatora é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente a execução ou a inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas (Hel Lopes Meirelles).

Em regra, na prática de um ato administrativo, podemos identificar a atuação de três agentes públicos:

- (a) a autoridade que expede as normas, gerais e abstratas, para a execução do ato;
- (b) a autoridade administrativa superior que, no uso de suas atribuições, ordena, concreta e especificamente, a prática do ato;
- (c) o agente subalterno, sem poder de decisão, que, em cumprimento de ordem da autoridade superior, efetivamente pratica o ato.

Partindo dessa tripartição de funções, e considerando que houve a prática de um ato ilegal ou abusivo, a autoridade coatora será a autoridade administrativa que, no uso de seu poder de decisão, ordenou concreta e especificamente a prática do ato. Não será a autoridade de grau superior, que apenas expediu as normas gerais para a prática do ato; tampouco será o servidor subalterno, que, sem poder de decisão, apenas cumpriu ordens, praticando efetivamente o ato administrativo.

Exemplificando: suponha que o Secretário da Receita Federal tenha expedido uma Instrução Normativa regulando os procedimentos de exigência de algum tributo. Por sua vez, que o Delegado da Receita em Porto Alegre (chefe local da Receita Federal, que tem por competência implementar a arrecadação do tributo naquela Capital) tenha determinado aos seus Auditores subordinados a realização de ação fiscal para a exigência do referido tributo, por meio da imediata lavratura de auto de infração contra os contribuintes faltosos. Os Auditores, em cumprimento à ordem do Delegado, foram para a rua e lavraram autos de infração contra diversos contribuintes, nos termos disciplinados na citada Instrução Normativa do Secretário da Receita Federal.

Nessa situação, caso os contribuintes não concordem com a exigência materializada no auto de infração lavrado pelos Auditores e decidam impetrar mandado de segurança para proteger seu direito líquido e certo, que autoridade deverão apontar como coatora? O Secretário da Receita Federal, o Delegado de Porto Alegre ou o Auditor que lavrou o auto de infração?

Em consonância com o que dissemos acima, deverá ser apontado como autoridade coatora o Delegado da Receita Federal em Porto Alegre, que é a autoridade encarregada de arrecadar o tributo e, se for o caso, impor as sanções cabíveis aos contribuintes faltosos.

11.1) AUTORIDADE COATORA NAS ATRIBUIÇÕES DELEGADAS

Em se tratando de atribuição delegada, a autoridade coatora será o agente delegado (que recebeu a atribuição), e não a autoridade delegante (que efetivou a delegação).

Embora as atribuições delegadas pertençam à autoridade delegante, o agente delegado, que pratica o ato ilegal ou abusivo, é que responderá em sede de mandado de segurança como autoridade coatora.

Exemplificando: se uma autoridade municipal recebe delegações da União e vem a praticar ato ilegal no desempenho das atribuições recebidas, responderá em mandado de segurança como autoridade federal, perante o Juízo privativo dessa entidade (Justiça Federal).

11.2) AUTORIDADE COATORA E ÓRGÃOS COLEGIADOS

Nos órgãos colegiados, considera-se autoridade coatora o presidente.

Se um órgão colegiado (que decide por deliberação), pratica ato ilegal, o interessado deverá apontar no mandado de segurança o seu presidente como autoridade coatora.

11.3) AUTORIDADE COATORA E ATOS COMPLEXOS

Nos atos complexos em geral, que são aqueles em cuja elaboração atua mais de uma autoridade, todos os órgãos participantes são considerados "autoridade coatora".

Portanto, na impetração do mandado de segurança contra ato complexo, todas as autoridades que participaram de sua elaboração devem ser notificadas.

11.4) AUTORIDADE COATORA E ATOS COMPOSTOS

Nos atos compostos, praticados por uma autoridade principal, mas dependentes de revisão por outra, o coator será a autoridade que praticou o ato principal.

11.5) INDICAÇÃO ERR NEA DA AUTORIDADE COATORA

A errônea indicação da autoridade coatora implica extinção do processo de mandado de segurança, não cabendo ao Juiz ou Tribunal determinar, de ofício, a substituição da parte impetrada (STF, MS 22.496-1/DF).

Se o interessado, ao impetrar o mandado de segurança, aponta erroneamente a autoridade coatora, o feito será extinto, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva "ad causam". Não cabe ao Juiz ou Tribunal determinar ao impetrante, de ofício, a substituição da autoridade coatora erroneamente indicada.

A respeito, veja-se o seguinte julgado do STF:

"É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir que o Juiz, ou Tribunal, entendendo incorreta a indicação da autoridade coatora, pelo impetrante, corrija o equívoco deste, "ex officio", indicando, ele próprio, a autoridade apontável como coatora. O que há de fazer, nesse caso, o Juiz ou Tribunal, segundo o entendimento da Corte, é extinguir o processo, sem exame do mérito, por falta de uma das condições da ação, exatamente a legitimidade "ad causam" (STF, RMS 22496-1).

12) PROVAS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Em face de exigir-se para a impetração do mandado de segurança a comprovação do direito líquido e certo, que, como vimos, pressupõe fatos incontroversos, essa ação caracteriza-se por ser um procedimento de natureza documental, em que o autor deverá apresentar suas provas já com a petição inicial, ressalvada a hipótese de o documento encontrar-se em repartição pública, ou em poder de autoridade, fora do alcance do requerente.

Em regra, podemos afirmar que no mandado de segurança exige-se a chamada "prova pré-constituída", levada ao feito no momento da impetração da ação. Da mesma forma, o impetrado deve apresentar suas provas no momento da defesa.

É o que nos ensina Hel Lopes Meirelles, nos seguintes termos:

"não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações".

Somente em circunstâncias excepcionais admite-se a juntada superveniente e o exame de provas.

É admitida, também, a juntada superveniente de parecer jurídico pelas partes.

13) PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial do mandado de segurança deve ser apresentada com cópias de seu texto e de todos os documentos que a instruírem, para encaminhamento ao impetrado (autoridade coatora), juntamente com o ofício de notificação.

Caso seja deferida a inicial, o Juiz ordenará a notificação do impetrado, sendo enviadas cópias da inicial e respectivos documentos, com a fixação do prazo de 10 (dez) para prestar informações.

Após o prazo das informações, prestadas essas ou não, os autos serão encaminhados para o Ministério Público, para manifestar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

Caso seja indeferida a inicial, por não ser caso para impetração de mandado de segurança ou por falha insuprível de requisitos processuais, os autos serão arquivados, se do despacho de indeferimento não for interposto o recurso de apelação.

14) NOTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

A Lei do Mandado de Segurança não exige que o representante legal da pessoa jurídica de direito público seja citada, quando da impetração do mandado de segurança.

Optou o legislador por simplificar o procedimento, no intuito de acelerar cada vez mais o processo do mandado de segurança, determinando apenas que seja notificada a autoridade coatora do conteúdo da petição, entregando-lhe cópia da petição inicial e dos documentos que a instruírem, para prestar informações no prazo de 10 (dez) dias.

Exemplificando: impetrado mandado de segurança contra ato de autoridade federal, não há necessidade de citação da Advocacia-Geral da União (representante judicial da União) para a defesa do ato; haverá, apenas, a notificação da autoridade coatora para prestar informações, no prazo de 10 (dez) dias.

Nesse ponto, andou muito bem o legislador, dispensando a citação do representante da entidade pública, pois certamente seria inútil essa repetição de atos processuais, com perda de tempo, celeridade e trabalho, uma vez que a autoridade coatora pertence à referida entidade (não haveria, pois, razões para uma duplicidade de comunicação).

15) INFORMAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA

As informações constituem a possibilidade de defesa da Administração, no tocante ao ato impugnado de ilegal ou abusivo. Nelas, a Administração deverá esclarecer os fatos e o direito em que se baseou o ato argüido de ilegal.

As informações são prestadas pela autoridade coatora, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, a contar do recebimento da notificação.

A competência para prestar informações são de natureza pessoal, não podendo ser delegada a outro órgão, nem mesmo ao representante da entidade à qual pertence a autoridade coatora.

Em verdade, a autoridade coatora só se faz presente em mandado de segurança até a prestação de informações. Daí por diante, assume o feito o representante judicial da entidade à qual pertence.

Exemplificando: se o mandado de segurança é impetrado em face de uma autoridade federal, essa autoridade coatora será notificada pelo Juízo para prestar informações, no prazo de 10 (dez) dias. Prestadas as informações, assumirá o feito o representante judicial da União (Advocacia-Geral da União ou, em se tratando de matéria tributária, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – CF, art. 131).

As ordens de cumprimento da segurança, porém, continuarão sendo encaminhadas diretamente à autoridade coatora e por ela cumpridas, sob pena de incidir no crime de desobediência.

15.1) EFEITOS DA NÃO-PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES

A falta das informações não produz os efeitos ordinários da revelia, prescritos no art. 319 do Código de Processo Civil (CPC).

Enfim, a não-apresentação das informações no prazo legal de dez dias não deve presumir a confissão ficta dos fatos alegados pelo impetrante.

Mesmo com a ausência das informações, não serão presumidas verdadeiras as alegações apresentadas pelo impetrante na petição inicial.

16) LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

A Lei admite expressamente a concessão de medida liminar no mandado de segurança, prescrevendo que ao despachar a inicial, o juiz ordenará “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (Lei nº 1.533, de 1951, art. 7º, II).

Como se vê, são facilmente identificáveis os dois pressupostos para a concessão da medida liminar no mandado de segurança:

- a) a relevância do pedido (*fumus boni iuris*: fumaça do bom direito);
- b) a possibilidade de ineficácia da medida, em razão da demora (*periculum in mora*: perigo na demora);

A natureza da medida liminar é de antecipação provisória da providência que caberia à sentença final, com o objetivo de que se evite o dano que ocorreria com a natural demora na instrução do processo.

16.1) NATUREZA DA MEDIDA LIMINAR

A liminar no mandado de segurança depende de pedido do impetrante (nada impede seja impetrado mandado de segurança sem o pedido de medida liminar) e se constitui em direito deste, quando ocorrentes os dois indispensáveis pressupostos para sua concessão.

Enfim, a liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos, como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade. Presentes os pressupostos da liminar, o Juiz é obrigado a concedê-la, para não se tornar inútil o pronunciamento final a favor do impetrante (Hel Lopes).

Exemplificando: suponha que determinado contribuinte tenha requerido, perante a Administração, o fornecimento de certidão negativa de débitos para o fim de participar em licitação pública de seu interesse, que será realizada dentro de quinze dias. O Fisco, alegando certa irregularidade no recolhimento de tributo, indefere o requerimento do contribuinte, no décimo dia após o pedido. Inconformado com o indeferimento da certidão, porque embasada em fatos controversos, e prestes a perder o direito de participar da licitação pública (só faltam cinco dias para a realização da licitação), o contribuinte ingressa com mandado de segurança, com pedido de liminar, para que se determine ao fisco seja concedida referida certidão negativa de débitos.

Nessa situação, desde que presente o requisito “relevância do direito”, o Juiz deverá conceder a medida liminar, para evitar que, ao final, na sentença, seja inútil o pronunciamento a favor do contribuinte. De nada adiantaria, após a realização da licitação, da adjudicação do seu objeto ao vencedor, da celebração do respectivo contrato etc. o Juiz reconhecer o direito do contribuinte à referida certidão!

A concessão da medida liminar não implica prejulgamento, não garante sentença favorável, não afirma direitos. Preserva a liminar, apenas temporariamente, o impetrante de lesão irreparável a seu direito, por meio da suspensão do ato impugnado.

Em suma: concessão de liminar não é antecipação do julgamento ou prejulgamento do pedido de segurança, nem se traduz num vislumbre prévio da decisão que será, ao final, prolatada pelo Juiz, no momento da sentença definitiva de mérito. Nada impede que o Juiz defira a liminar e, afinal, denegue a segurança, ou vice-versa.

A respeito, veja-se a excelente lição da Profª. Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“A liminar no mandado de segurança poderia, grosso modo, ser comparada a um medicamento urgente oferecido a um paciente atingido por uma grave moléstia e que pode ainda vir a se curar por um tratamento posterior, que demanda tempo e condições físicas mínimas. Para que esse tratamento possa vir a ser feito e tenha eficácia no combate ao mal, urge que o paciente sobreviva à crise, superando-se até o momento adequado. A aplicação do primeiro medicamento não pressupõe, ainda, um diagnóstico definitivo do mal, mas a certeza de que há o risco de o indivíduo sucumbir à crise.

Quanto à necessidade ou à possibilidade do tratamento posterior, somente com o detalhamento do exame do caso se terá diagnóstico e a decisão”.

Conforme veremos adiante, porém, a lei veda a concessão da medida liminar em alguns casos específicos.

16.2) PRAZO DE EFICÁCIA DA MEDIDA LIMINAR

A Lei estabelece o prazo de subsistência dos efeitos da medida liminar em 90 (noventa) dias, contados da data da respectiva concessão. Admite uma prorrogação, por mais 30 (trinta) dias, quando o Juiz justificar o acúmulo de serviço impeditivo do julgamento de mérito nesse prazo.

Esse prazo, porém, não é acatado pela jurisprudência, ao fundamento de que a persistência da liminar, mesmo após esse prazo, é matéria de competência discricionária do Juiz, em face do poder geral de cautela, recomendando-se a sua manutenção se subsistirem os motivos que ensejaram a própria concessão da medida.

A doutrina majoritária também trilha por esse caminho, afirmando que o só transcurso do prazo da liminar não acarreta automaticamente sua extinção, sendo necessário que o Juiz declare a cessação de seus efeitos, pois podem ocorrer situações excepcionais que justifiquem sua subsistência por mais tempo (Hel Lopes).

16.3) VEDAÇÕES À CONCESSÃO DE LIMINAR

O legislador ordinário tem estabelecido vedações à concessão de medida liminar em situações específicas, a seguir comentadas.

Essas restrições, inicialmente tidas pela doutrina como inconstitucionais, têm sido admitidas pela jurisprudência, desde que presente a razoabilidade em cada caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, há muito, reconhece a legitimidade de limitações ou condicionamentos ao Juiz na concessão de medida liminar em mandado de segurança.

É vedada a concessão de medida liminar:

a) em quaisquer ações ou procedimentos judiciais que visem a obter liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira;

Essa limitação teve por objeto evitar uma situação de difícil reparação que vinha acontecendo com a importação de bens do exterior, especialmente de automóveis usados, cuja importação é proibida pela lei brasileira.

Impetravam-se mandado de segurança, com pedido de liminar, pleiteando a imediata liberação dos veículos na Alfândega.

Obtida a liminar, retirados os veículos da Alfândega, os impetrantes desinteressavam-se pelo feito, ou mesmo “desapareciam” (muitos importadores eram empresas “fantasmas”, criadas com o único intuito de realizar a importação e revender os bens, imediatamente, no mercado interno).

Quando, afinal, era julgado no mérito e negado o mandado de segurança, tornava-se impossível restituir as coisas ao estado anterior, pois os automóveis já haviam sido vendidos e estavam dispersos pelo país afora!

A jurisprudência, porém, tem abrandado a aplicação dessa restrição, ao entendimento de que ela não impede a liberação de bens trazidos para o país como bagagem, sobre os quais as autoridades fiscais passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço aduaneiro.

b) em mandados de segurança que visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens;

Nesse caso, o intuito foi vedar a concessão de liminar em mandados de segurança que reconheçam esses direitos em favor de centenas, às vezes milhares, de servidores públicos, que ingressavam com a ação em litisconsorte ativo. Muitas vezes determinava-se, em sede liminar, o imediato pagamento de milhões e milhões em favor dos servidores públicos.

Posteriormente, quando julgado o mérito da ação, sendo denegada a segurança, tornava-se difícil ao Poder Público reaver os vultosos valores já pagos (alguns impetrantes, naturalmente pouco esclarecidos em questões processuais, imaginavam que o recebimento liminar era definitivo, não sujeito a restituição, e então “torravam a grana”; outros, mesmo tendo conhecimento do dever de

restituir caso denegada a segurança, gastavam as quantias e não tinham mais recursos para devolvê-las; parte significativa das quantias eram repassadas aos advogados a título de pagamento de honorários etc.).

Nesses casos, a única solução para o Poder Público era o desconto em folha de pagamento dos servidores, mas, como se sabe, esse desconto é limitado pela lei, de modo que vultosas somas pagas de uma só vez só podiam ser restituídas em suaves prestações, durante longos anos.

c) para pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas autarquias.

A fundamentação para essa restrição é exatamente a mesma comentada acima, na hipótese de reclassificação e equiparação de servidores.

Importante que não se confunda a situação tratada nesse item – vedação de concessão de liminar – com outra já estudada em aula pretérita – não cabimento do mandado de segurança.

Nas situações aqui tratadas, é plenamente cabível a impetração do mandado de segurança; o que não se admite é a satisfação de uma dessas medidas por meio de liminar (todas essas medidas podem ser reconhecidas em mandado de segurança, desde que em provimento definitivo, na sentença). Diferente das hipóteses em que não se admite a impetração de mandado de segurança (contra “lei em tese”, por exemplo), pois nessas o que não se admite é a própria impetração da ação.

16.4) MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

No mandado de segurança coletivo (somente no MS coletivo!), a Lei proíbe, expressamente, a concessão da liminar antes da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada, que tem o prazo de 72 (setenta e duas) horas para se manifestar.

No mandado de segurança coletivo, portanto, é nula a liminar concedida antes de decorrido o referido prazo de setenta e duas horas, a partir da intimação do Poder Público.

16.5) DEFERIMENTO, INDEFERIMENTO E SUSPENSÃO DA MEDIDA LIMINAR

Em sede de mandado de segurança, caso seja negada a liminar, o despacho do magistrado é irrecorrível.

Nesse ponto, uma ressalva: não há disposição legal expressa a respeito, mas entendemos que essa seja a posição dominante na doutrina, apesar de haver vozes de peso em sentido contrário. Por seu turno, a jurisprudência dos tribunais, lamentavelmente, tem sido vacilante nesse aspecto, ora admitindo recurso, ora não conhecendo de sua interposição (STF, MS 21.684-1/RO; STJ, MS 4.646/DF).

Se for concedida a liminar, poderá ela ser cassada (suspensa), a qualquer tempo, pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso, desde que solicitado pela entidade interessada.

Podem pedir a suspensão da liminar todos aqueles que figurarem no mandado de segurança e que venham a ser afetados pela concessão da medida, inclusive as pessoas e entidades de direito privado que devam suportar os efeitos da medida.

Essa cassação só é admitida pela lei para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas - e deve ser fundamentada pelo Presidente do Tribunal.

Ademais, segundo o Supremo Tribunal Federal, para a suspensão da liminar, não basta o preenchimento dos referidos requisitos, sendo necessário, ainda, que se verifique a plausibilidade da tese sustentada pelo requerente (STF, SS 846/DF).

Contra a decisão do Presidente do Tribunal, que casse a liminar, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, para a sua revisão pelo Tribunal.

Se o Presidente mantiver a liminar, seu despacho é irrecorrível (STF, Súmula 506).

Exemplificando: suponha que um Juiz Federal de Brasília (DF) tenha concedido medida liminar em determinado mandado de segurança, determinando a imediata cessação da exigência de determinado tributo. Inconformada, a União requer ao Presidente do Tribunal Regional Federal/1ª Região (TRF/1ª) a suspensão (cassação) da liminar, alegando que tal medida tem implicado grave lesão à economia pública. Caso o Presidente acolha as alegações da União, determinará a suspensão da liminar do Juiz de primeira instância, podendo a União voltar a exigir o tributo. O autor do mandado de segurança

poderá recorrer da decisão do Presidente do Tribunal, mediante a interposição de agravo, no prazo de dez dias, com vistas a submeter a matéria à apreciação do Tribunal (TRF/1ª).

Se deferida a suspensão da execução da liminar em mandado de segurança, o eventual julgamento de mérito concessivo da segurança também deverá ficar com os seus efeitos automaticamente suspensos até o respectivo trânsito em julgado (STF, Recl. 718/PA).

Exemplificando: se, na situação antes apresentada, o Presidente do Tribunal Regional Federal suspende a liminar que vedava a exigência do tributo pela União, e posteriormente o Juiz de primeira instância, ao sentenciar, confirma seu entendimento, concedendo a segurança, essa sua decisão ficará com os efeitos suspensos até o trânsito em julgado do mandado de segurança. Em outras palavras, a eficácia da sua decisão de mérito (concessiva da segurança) ficará pendente da apreciação dos recursos cabíveis, até o trânsito em julgado. No situação descrita, durante todo o período de pendência recursal, a União poderá continuar a exigir normalmente o tributo.

Nesse sentido, a orientação do Supremo Tribunal Federal:

“a suspensão da liminar não perde vigência com a superveniência de sentença de mérito concessiva de segurança, cuja eficácia permanecerá suspensa até o seu trânsito em julgado ou sua manutenção em recurso extraordinário” (STF, SS 984/DF).

16.6) REVOGAÇÃO DA LIMINAR

O Juiz, o Desembargador ou Ministro que conceder a liminar poderá revogá-la a qualquer tempo, desde que verifique a desnecessidade da medida, como poderá restabelecê-la, se fatos supervenientes indicarem sua conveniência.

O magistrado pode, por exemplo, conceder a liminar e, mesmo antes de apreciar o mérito da ação, revogá-la, por entender que não mais subsistem os pressupostos para sua manutenção (não há mais perigo na demora, por exemplo).

16.7) LIMINAR E APRECIAÇÃO DO MÉRITO

Concedida a medida liminar, se esta não for revogada pelo magistrado até a sentença final, teremos o seguinte:

- a) se a ação for julgada procedente, a medida liminar antes concedida será absorvida pela sentença final, que é imediatamente exeqüível;
- b) se a ação for julgada improcedente, a medida liminar antes concedida extinguir-se-á, porque não mais existem os dois pressupostos que autorizaram sua concessão, quais sejam, a relevância do pedido e o risco na demora da sentença.

Embora haja autores de renome (Hel Lopes Meirelles, entre outros) que defendam o contrário - a continuidade da eficácia da liminar, salvo revogação expressa do magistrado -, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação segundo a qual “denegado o mandado de segurança, ou no julgamento do recurso dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária” (Súmula 405).

Como se vê, a medida liminar desaparecerá com a sentença, seja esta favorável ou desfavorável ao autor do mandado de segurança, pois já cumprira sua finalidade (que era sustar os efeitos do ato impugnado até a prolação da sentença).

17) SENTENÇA

A sentença em mandado de segurança será de carência ou de mérito.

A sentença de carência ocorre quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais para a impetração.

A sentença de mérito decidirá sobre o direito invocado, apreciando desde a sua existência até a sua liquidez e certeza diante do ato impugnado, concluindo o magistrado pela concessão ou denegação da segurança.

Poderá, também, conforme já vimos, ser indeferida a petição inicial por não ser caso para impetração de mandado de segurança ou por não estarem atendidas as exigências formais da lei para essa peça processual.

O mandado de segurança produz decisão repressiva ou preventiva.

A decisão é repressiva quando visa a corrigir ilegalidade ou abuso de poder já consumados.

A decisão é preventiva quando se destina a impedir o cometimento de ilegalidade iminente, a evitar a consumação de uma ameaça a direito individual em determinado caso.

Não se admite, na nossa justiça comum, a chamada decisão normativa, entendida como aquela que estabelece regra geral de conduta para casos futuros, indeterminados.

Não admitir a sentença normativa significa dizer que a decisão proferida num caso concreto, presente, não será automaticamente estendida a casos futuros, ainda que ocorra a mesma razão de decidir em ambas as hipóteses.

E a razão para essa vedação é muito simples: a sentença concessiva da segurança apenas afasta a aplicação da lei ao ato impugnado, ao caso concreto; a norma tida por ilegal ou inconstitucional permanece intacta, vigente, até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue; ou o Senado Federal suspenda sua execução após a declaração de inconstitucionalidade definitiva do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X); ou venha referida lei ser retirada do ordenamento jurídico por decisão com eficácia erga omnes, no âmbito do controle abstrato de normas (CF, art. 102, I, "a").

A vedação à segurança normativa, contudo, não pode ser vista com extremada rigidez. Conforme nos ensina Hel Lopes Meirelles,

"em casos especiais, pode a concessão de uma segurança estender-se a atos futuros entre as mesmas partes, por decorrentes da mesma situação de fato e de direito, como, p. ex., no auferimento de uma isenção ou redução de imposto a prazo certo ou para determinada quantidade de mercadoria produzida ou importada parceladamente, ou, ainda, quando o ato impugnado venha a ser praticado sucessiva e parcialmente até completar o todo que o impetrante tenha direito. Nessas hipóteses, a segurança concedida no primeiro mandado é válida e operante para todos os casos iguais, entre as mesmas partes, dispensando sucessivas impetrações, desde que o impetrante requeira e o juiz defira a extensão da ordem pedida na inicial".

18) RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Os recursos cabíveis, especificamente, em mandado de segurança são os seguintes:

- a) apelação, da decisão que apreciar o mérito, decretar a carência ou indeferir a inicial;
- b) recurso de ofício, da sentença que conceder a segurança contra a Fazenda Pública;
- c) agravo regimental, do despacho do Presidente do Tribunal que suspender a execução da sentença ou cassar a liminar;
- d) recurso ordinário, qualquer que seja o valor da impetração, desde que o acórdão incida nos permissivos constitucionais e seja denegatória a segurança (CF, arts. 102, II, "a", e 104, II, "b").

Outros recursos genéricos, previstos no Código de Processo Civil (CPC), também podem ser utilizados no curso do mandado de segurança, desde que venham a ocorrer as situações processuais que autorizam sua interposição, tais como o agravo de instrumento, os embargos de declaração etc.

É incabível a interposição de embargos infringentes em mandado de segurança (STF, Súmula 597; STJ, Súmula 169).

A interposição dos recursos pode ser feita pelos impetrantes, Ministério Público, litisconsortes, terceiros prejudicados e pela entidade a que pertencer a autoridade coatora.

O Supremo Tribunal Federal tem negado a interposição de recursos pela autoridade coatora, conforme assente no seguinte julgado:

"Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do mandamus. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada" (RE 97.282-9/PA).

Os prazos para interposição dos recursos são os fixados no Código de Processo Civil (CPC), contando-se em dobro para a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias), para o Ministério Público e para litisconsortes com procuradores diferentes.

18.1) EFEITO DOS RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

O efeito dos recursos em mandado de segurança é somente devolutivo (e não suspensivo).

O efeito suspensivo, que obsta a produção de efeitos da decisão prolatada até sua revisão pela instância superior, não se coaduna com a natureza célere, urgente, do mandado de segurança.

Como exceção a essa regra, temos o caso de recursos interpostos contra decisões concessivas de reclassificação ou equiparação de servidores públicos, vencimentos e vantagens, casos em que a lei impõe o efeito suspensivo (Lei nº 4.348, de 1964, art. 5º e 7º).

19) DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Duplo grau de jurisdição significa, em simples palavras, a obrigatoriedade de revisão da decisão por instância superior.

Assim, no mandado de segurança, a sentença de primeira instância, quando concessiva do mandado, fica sujeita a reexame obrigatório pelo tribunal respectivo. A obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição, todavia, não impede seja a sentença de primeiro grau executada provisoriamente.

Com isso, se a pessoa de direito público vencida não apelar, ou se seu recurso não for admissível, porque intempestivo, ou por não atender a qualquer formalidade, haverá a remessa dos autos, de ofício, para o tribunal. Haja ou não apelação voluntária da parte vencida, os autos deverão ser remetidos ao tribunal; se não houver a remessa, o Presidente do Tribunal poderá avocá-los.

Se o mandado for concedido em parte, ainda assim haverá necessidade da remessa dos autos para o tribunal, de ofício (ex officio), para ser reexaminada a parte da sentença em que a Fazenda Pública foi vencida.

Feitas essas considerações, atente-se para o seguinte:

a) o duplo grau de jurisdição somente se aplica às sentenças concessivas da segurança (em favor do autor, contra o Poder Público); se a sentença é denegatória da segurança, e o impetrante não recorre, não há que se falar em duplo grau de jurisdição (haverá sim, nesse caso, decisão transitada em julgado!)

b) se a sentença concessiva da segurança está sempre sujeita ao duplo grau de jurisdição (revisão pelo tribunal), podemos afirmar que referida sentença jamais transitará em julgado na primeira instância (pois, ainda que não haja recurso por parte da Fazenda Pública, os autos serão remetidos, de ofício, ao tribunal);

c) a exigência do duplo grau de jurisdição não impede seja a sentença de primeiro grau provisoriamente executada (a parte beneficiada com a segurança pode dar início à execução, para dar efetividade ao seu direito, sabendo, porém, que essa execução é provisória, pois a sentença poderá ser revista pelo tribunal).

Existe, porém, uma hipótese em que a lei só admite a execução da sentença após o seu trânsito em julgado, prevista na Lei nº 4.348, de 1964.

Essa lei, ao dispor sobre os mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens a eles, dispôs que referidos mandados serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

20) EXECUÇÃO DA SENTENÇA DO MANDADO

A execução do mandado de segurança é imediata e específica, mediante o cumprimento por parte da autoridade coatora da ordem determinada pelo juiz, por meio do encaminhamento de ofício.

Não cabe ao Poder Público escolher entre praticar o ato e indenizar o dano causado: o Poder Público tem de cumprir a ordem judicial em forma "específica", não podendo substituí-la por mera reparação pecuniária.

A decisão do magistrado, seja ela liminar ou definitiva, é expressa no mandado para que a autoridade coatora cesse imediatamente a ilegalidade. Devem ser cumpridas, de imediato, tanto a liminar quanto a sentença ou o acórdão concessivo da segurança, diante da só notificação do juiz prolator da decisão à autoridade coatora.

O não cumprimento do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência à ordem legal, e por ele responderá a autoridade coatora, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante.

Conforme vimos no item precedente, a execução poderá ser provisória ou definitiva, esta na hipótese de ser decorrente de decisão transitada em julgado.

Cumprida a ordem judicial pela autoridade coatora, exaure-se o conteúdo mandamental da sentença concessiva no mandado de segurança.

21) COISA JULGADA

Nem toda decisão proferida em mandado de segurança produz a chamada coisa julgada: somente naquelas decisões em que houver apreciação do mérito, afirmando o magistrado a existência ou inexistência do direito invocado, haverá coisa julgada.

Em síntese, temos o seguinte:

a) se a decisão denega a segurança sem o exame do mérito (por entender incerto ou ilíquido o direito invocado; por julgar o impetrante carecedor do mandado de segurança; por indeferir desde logo a inicial por não ser caso de impetração de mandado de segurança ou por falta de requisitos processuais para a impetração), não faz ela coisa julgada;

Se não há coisa julgada, significa dizer que o autor pode renovar a demanda por meio de outras ações judiciais, ou mesmo mediante novo mandado de segurança (com o oferecimento de fundamentos diversos, por exemplo).

Essa a orientação do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria” (STF, Súmula 304).

Essa orientação consolidada na Súmula do Pretório Excelso afirma o que vimos em itens precedentes sobre o cabimento (ou não) do mandado de segurança, que exige a comprovação da liquidez e certeza do direito invocado.

Assim, o interessado pode ter, de fato, um direito subjetivo a ser protegido, mas referido direito pode ser incerto, ilíquido, não próprio para a via do mandado de segurança. Nada impede, porém, que a proteção a tal direito seja buscada por meio da propositura de outras ações judiciais (ação ordinária, por exemplo).

b) se a decisão denega a segurança com o exame do mérito, afirmando o juízo a existência ou inexistência do direito invocado, há coisa julgada.

Se há coisa julgada, não poderá o autor renovar a demanda por meio de outras vias processuais, tampouco mediante a impetração de novo mandado de segurança.

Entretanto, para que surja a coisa julgada, em sentido formal e material, é indispensável que haja a tríplice identidade de pessoas, causa e objeto: as partes não de ser as mesmas; o fundamento de pedir o mesmo e o objeto o mesmo, e não apenas assemelhado (Hel Lopes Meirelles).

O Prof. Celso Agrícola Barbi, na minha modesta opinião um dos maiores estudiosos e conhecedores do mandamus, leciona:

“Se houve certeza sobre os fatos mas o juiz reconheceu que a lei não dá ao autor o direito subjetivo que ele alega, isto é, se o mandado foi negado com exame do mérito, a sentença faz coisa julgada material. Logo, não pode haver renovação do pedido na mesma via ou em qualquer outra, devendo o autor usar da ação rescisória, se ocorrerem os pressupostos desta”.

Transitada em julgado a sentença concessiva ou denegatória da segurança, desde que apreciado o mérito, só por ação rescisória poderá ser desfeito o decidido, por constituir coisa julgada em sentido formal e material.

Enfim, consubstanciada a coisa julgada em sede de mandado de segurança, o único modo de atacá-la é mediante ação rescisória, segundo os termos e limites impostos pelo Código de Processo Civil (CPC).

22) NUS DE SUCUMBÊNCIA EM MANDADO DE SEGURANÇA

A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança (STF, Súmula 512).

Essa posição do STF – não cabimento de honorários advocatícios no processo de mandado de segurança -, muito criticada pela doutrina, também foi consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, Súmula 105).

23) VALOR DA CAUSA

O mandado de segurança exige que na petição inicial se declare o valor da causa.

Esse valor, caso suscetível de quantificação, deverá guardar relação com o do ato impugnado. Não sendo suscetível de quantificação, será estimado pelo impetrante. O impetrado poderá impugnar o valor da causa, hipótese em que será ele fixado pelo Juiz.

24) POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA UNILATERAL

O mandado de segurança admite desistência a qualquer tempo, independentemente do consentimento do impetrado.

O impetrante pode desistir perante qualquer Juízo, juiz ou tribunal, sem necessidade de exteriorizar a motivação, tampouco da aquiescência do impetrado.

EXERCÍCIOS

1) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a proibição de concessão de liminar contra o Poder Público em matéria de vencimentos de servidores viola o princípio da proteção judicial efetiva.

2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fixação de prazo para impetração de mandado de segurança não se afigura compatível com a própria garantia que se pretende outorgar.

3) Como instrumento judicial de controle da legalidade do ato administrativo, o mandado de segurança não pode voltar-se contra ato cujo agente faça parte de pessoa jurídica que não exerça atribuição do Poder Público.

4) O mandado de segurança pode ser impetrado, em certos casos, mesmo se necessário for o exame de provas.

5) A medida liminar é o provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança, quando forem relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial. Preserva o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.

6) A Lei do Mandado de Segurança estabelece que, ao despachar a petição inicial, o juiz ordenará que se notifique a autoridade impetrada do conteúdo da petição, com a entrega da segunda via apresentada pelo impetrante e a cópia dos documentos que a instruíram, a fim de, no prazo de dez dias, prestar as informações que achar necessárias; essa notificação a que se refere a lei é, na essência, uma intimação.

7) A viúva não é parte legítima para ajuizar habeas data com o objetivo de conhecer informações contidas em registro oficial sobre o seu marido falecido. Entretanto, nada impede que, para alcançar tal objetivo, ela utilize outros instrumentos processuais, tais como o mandado de segurança ou a ação ordinária com pedido de tutela antecipada.

8) É possível obter, no mandado de segurança, medida liminar. A legislação sobre o mandado de segurança, entretanto, é avessa à concessão da liminar com relação a certas pretensões. A concessão da liminar no mandado de segurança não é, em princípio, em si mesma imprópria, no caso de pedido visando ao pagamento, ao servidor público civil impetrante, de vencimentos atrasados, devidos em período anterior à impetração do mandado de segurança.

9) É possível obter, no mandado de segurança, medida liminar. A legislação sobre o mandado de segurança, entretanto, é avessa à concessão da liminar com relação a certas pretensões. A concessão da liminar no mandado de segurança não é, em princípio, em si mesma imprópria, no caso de pedido visando à equiparação dos vencimentos do servidor público impetrante com os vencimentos de outra categoria de servidores.

10) É possível obter, no mandado de segurança, medida liminar. A legislação sobre o mandado de segurança, entretanto, é avessa à concessão da liminar com relação a certas pretensões. A concessão da liminar no mandado de segurança não é, em princípio, em si mesma imprópria, no caso de pedido visando à reclassificação de servidor público.

11) É possível obter, no mandado de segurança, medida liminar. A legislação sobre o mandado de segurança, entretanto, é avessa à concessão da liminar com relação a certas pretensões. A concessão da liminar no mandado de segurança não é, em princípio, em si mesma imprópria, no caso de pedido

visando à extensão, ao servidor público impetrante, de vantagens pecuniárias devidas a outros servidores públicos civis do mesmo órgão.

12) É possível obter, no mandado de segurança, medida liminar. A legislação sobre o mandado de segurança, entretanto, é avessa à concessão da liminar com relação a certas pretensões. A concessão da liminar no mandado de segurança não é, em princípio, em si mesma imprópria, no caso de pedido visando à suspensão dos efeitos de pena de advertência aplicada a servidor público civil, sem a observância do devido processo legal.

13) Suponha que um servidor público tenha sido demitido do seu cargo, depois de ter sido acusado de fato que era ao mesmo tempo falta administrativa e crime comum. O servidor entende que não lhe foi assegurado o direito da ampla defesa no processo administrativo. Nessa situação, em tese, seria cabível a impetração do mandado de segurança pelo referido servidor.

14) Se o STF, apreciando um mandado de segurança, proclamar a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão, por si, somente produzirá efeitos para as partes envolvidas no processo.

15) O Ministério Público tem participação obrigatória no processo de mandado de segurança, sendo o órgão encarregado de velar pela presunção de legitimidade dos atos administrativos.

16) A falta de intimação do Ministério Público acarreta nulidade do processo de mandado de segurança, a partir do momento em que deveria oficial no feito.

17) Se uma autoridade pública pratica ato não revestido da natureza de Poder Público, não será ele passível de correção por meio do mandado de segurança.

18) Em se tratando de mandado de segurança, coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou a inexecução do ato impugnado.

19) Em se tratando de atribuição delegada, a autoridade coatora será o agente delegante, pois ele é o efetivo titular da atribuição.

20) No caso de ato coator praticado por órgão colegiado, deve-se apontar como autoridade coatora todos aqueles membros do órgão que participaram da deliberação, e que votaram favoravelmente à prática do ato.

21) Nos atos complexos, todos os órgãos participantes são considerados coatores.

22) A errônea indicação da autoridade coatora implica extinção do processo de mandado de segurança, sem exame do mérito, não cabendo ao Juiz ou Tribunal determinar de ofício a sua substituição.

23) As provas em mandado de segurança devem ser pré-constituídas, não se admitindo, em hipótese alguma, o exame de provas no curso do processo.

24) A petição inicial do mandado de segurança deve ser apresentada com cópias de seu texto e de todos os documentos que a instruírem, para encaminhamento ao representante judicial da entidade à qual pertença a autoridade coatora, para que preste informações no prazo de dez dias.

25) A Lei do Mandado de Segurança exige que o representante legal da pessoa jurídica de direito público seja imediatamente citado, quando da impetração do mandado de segurança.

26) No mandado de segurança, as informações são prestadas pela entidade à qual pertence a autoridade coatora, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, a contar do recebimento da notificação.

27) A competência para prestar informações em sede de mandado de segurança é da autoridade coatora, que, entretanto, poderá delegá-la ao representante judicial da entidade pública à qual pertence.

28) A autoridade coatora só se faz presente em mandado de segurança até a prestação de informações. Daí por diante, assume o feito o representante judicial da entidade a que pertence.

29) Em sede de mandado de segurança, a falta das informações no prazo legal de dez dias deve ser considerada como confissão ficta dos fatos alegados pelo impetrante.

30) Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

- 31) Em sede de mandado de segurança, ainda que presentes os pressupostos da liminar, o Juiz não é obrigado a concedê-la, pois essa medida encontra-se no âmbito do poder discricionário do magistrado.
- 32) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são inconstitucionais todas as restrições impostas à concessão de medida liminar em mandado de segurança, por flagrante ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").
- 33) É vedada a concessão de medida liminar em quaisquer ações ou procedimentos judiciais que visem a obter liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeira.
- 34) É vedada a concessão de medida liminar em mandados de segurança que visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.
- 35) É vedada a concessão de medida liminar para pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas autarquias.
- 36) No mandado de segurança coletivo, a lei proíbe, expressamente, a concessão da liminar antes da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada.
- 37) No mandado de segurança, se for concedida a liminar, poderá ela ser cassada, a qualquer tempo, pelo Tribunal competente para o recurso, desde que solicitado pela entidade interessada.
- 38) Podem pedir a suspensão da liminar todos aqueles que figurarem no mandado de segurança e que venham a ser afetados pela concessão da medida, inclusive as pessoas e entidades de direito privado que devam suportar os efeitos da medida.
- 39) Segundo o Supremo Tribunal Federal, para a suspensão da liminar concedida no mandado de segurança, não basta o preenchimento dos requisitos previstos em lei – grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas –, sendo necessário, ainda, que se verifique a plausibilidade da tese sustentada pelo requerente.
- 40) Em sede de mandado de segurança, contra a decisão do Presidente do Tribunal, que cassa a liminar, cabe apelação, sem efeito suspensivo, no prazo de dez dias.
- 41) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a suspensão da liminar em mandado de segurança perde vigência com a superveniência de sentença de mérito concessiva de segurança.
- 42) O Juiz que conceder a liminar em mandado de segurança poderá revogá-la a qualquer tempo, desde que verifique a desnecessidade da medida.
- 43) Em sede de mandado de segurança, se a sentença for denegatória da segurança, a medida liminar antes concedida extinguir-se-á, porque não mais existem os pressupostos que autorizaram sua concessão.
- 44) Em sede de mandado de segurança, a decisão normativa se destina a impedir o cometimento de ilegalidade iminente, a evitar a consumação de uma ameaça a direito individual em determinado caso concreto.
- 45) Por ser o mandado de segurança um remédio constitucional, que pode ser utilizado para o controle de constitucionalidade das leis, a sentença concessiva da segurança, quando prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, retira a lei do ordenamento jurídico, com a chamada eficácia erga omnes. As decisões dos demais Tribunais, porém, só terão eficácia inter partes.
- 46) Entre os recursos cabíveis no processo de mandado de segurança, temos os seguintes: agravo regimental, contra a decisão que apreciar o mérito; apelação, contra o despacho do Presidente do Tribunal que suspender a execução da sentença ou cassar a liminar; recurso de ofício, da sentença que denegar a segurança.
- 47) Em tema de mandado de segurança, o coator é notificado para prestar informações. Prestadas estas, sua intervenção cessa. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do mandamus. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada.
- 48) No âmbito do processo do mandado de segurança, os prazos para interposição dos recursos são os fixados no Código de Processo Civil, contando-se em dobro para a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para o Ministério Público e para todos os litisconsortes.
- 49) Em regra, o efeito dos recursos em mandado de segurança é sempre suspensivo.

- 50) O efeito suspensivo, que obsta a produção de efeitos da decisão prolatada até sua revisão pela instância superior, coaduna-se com a natureza urgente do mandado de segurança.
- 51) A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não podendo ser executada antes do reexame pelo respectivo tribunal.
- 52) Em sede de mandado de segurança, se o impetrante não apelar, ou se seu recurso não for admissível, porque intempestivo, ou por não atender a qualquer formalidade, haverá a remessa dos autos, de ofício, para o tribunal.
- 53) Se o mandado for concedido somente em parte, não haverá necessidade da remessa, de ofício, dos autos para o tribunal. Portanto, o princípio do duplo grau de jurisdição não se aplica nessa hipótese.
- 54) É sabido que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é, sob a égide da Carta Política vigente, uma garantia de status constitucional. Em face dessa nova orientação do Tribunal, restou revogado o dispositivo da Lei do Mandado de Segurança que estipulava o duplo grau de jurisdição para as sentenças concessivas da segurança.
- 55) Em sede de mandado de segurança, se a sentença denega a segurança, sem o exame do mérito, pode o autor renovar a demanda por meio de outros meios processuais, pois, nessa situação, não houve coisa julgada.
- 56) Decisão denegatória de mandado de segurança, fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria para a satisfação do direito.
- 57) Em se tratando da sentença em mandado de segurança, se há coisa julgada, não poderá o autor renovar a demanda por meio de outras vias processuais, tampouco mediante a impetração de novo rit.
- 58) Transitada em julgado a sentença concessiva ou denegatória da segurança, desde que apreciado o mérito, só por ação rescisória poderá ser desfeito o decidido, por constituir coisa julgada em sentido formal e material.
- 59) A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.
- 60) No mandado de segurança, em virtude de a ação ser impetrada contra um ato coator, não se exige a fixação do valor da causa.
- 61) O mandado de segurança admite desistência a qualquer tempo, independentemente de motivação e do consentimento do impetrado

GABARITO:

1E 2E 3C 4C 5C 6E 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13C 14C 15E 16C 17C 18C 19E 20E 21C 22C 23E 24E 25E 26E 27E 28C 29E 30C 31E 32E 33C 34C 35C 36C 37E 38C 39C 40E 41E 42C 43C 44E 45E 46E 47C 48E 49E 50E 51E 52E 53E 54E 55C 56E 57C 58C 59E 60E 61C

AULA 49: AÇÃO POPULAR

A Carta da República, valorizando a participação popular no controle da “coisa pública”, pautando-se nos princípios constitucionais da legalidade e moralidade administrativos, dispõe que (CF, art. 5º, LXXIII);

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 1965) regulamenta referido dispositivo constitucional, conferindo ao processo da ação popular a natureza de **rito ordinário**, com algumas particularidades, examinadas a seguir.

A partir de uma breve análise, podemos afirmar que, em plena consonância com a democracia em que vivemos, a instituição da ação popular visa a assegurar ao cidadão seu direito subjetivo ao chamado “governo honesto”, que deve gerir a coisa pública zelando pela estrita observância dos princípios da legalidade e da moralidade.

1) CONCEITO

O conceito clássico de ação popular é dado pelo Prof. Hel Lopes Meirelles, nos seguintes termos:

“Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos”.

A respeito de sua natureza jurídica, há certa controvérsia na doutrina, entendendo alguns que a ação popular é “instrumento de defesa da coletividade, por meio do qual não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da coletividade, sendo o beneficiário da ação não o autor, mas a coletividade, o povo” (Hel Lopes), enquanto outros ensinam que referida ação “pertence ao cidadão, que, em nome próprio e na defesa de seu próprio direito – participação na vida política do Estado e fiscalização da gerência do patrimônio público -, poderá ingressar em juízo” (Alexandre de Moraes, José Afonso da Silva).

De nossa parte, parece-nos mais atual a segunda orientação, que aponta como titular da ação popular o cidadão, que, em nome próprio e na forma da democracia direta, exerce direito seu, que é o de fiscalização da gestão do patrimônio público, exercendo sua participação efetiva na vida política do Estado.

2) FINALIDADE

A finalidade da ação popular é conferir ao indivíduo um meio, democrático e direto, de fiscalização e controle da gestão da coisa pública.

A ação poderá ser utilizada de modo **preventivo** ou **repressivo**.

Será preventiva se visar a impedir a consumação de um ato lesivo ao patrimônio público, quando ajuizada antes da prática do ato ilegal ou imoral.

Será repressiva quando visar a reparar um dano já causado ao patrimônio público, sendo a ação proposta após a ocorrência da lesão.

Embora geralmente a ação popular seja proposta com o intuito repressivo, visando a reparar um dano já causado ao bem público, existem situações que estão a desejar a propositura da chamada ação popular preventiva. Isso porque, no âmbito de sua proteção, encontram-se certos valores que, uma vez violados, dificilmente podem ser reparados. É o caso, por exemplo, da destruição de bens de valor histórico-cultural, da lesão à originalidade de uma obra artística etc. Nessas situações, a ação popular preventiva é plenamente cabível, com o fito de evitar que tais bens sofram iminente lesão, que certamente seria de difícil – senão impossível – reparação.

3) OBJETO DA AÇÃO POPULAR

O objeto da ação popular é, genericamente, o ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

Evidentemente, a expressão “ato” deve aqui ser vista na sua concepção ampla (“latu sensu”), abrangendo a lei, o decreto, a resolução, a portaria, os atos administrativos típicos, o contrato e

muitas outras manifestações do Poder Público, e de seus entes delegados, que tenham **efeitos concretos** lesivos ao patrimônio público.

Enfim, qualquer manifestação lesiva da Administração, danosa aos bens e interesses da comunidade pode ser reprimida por meio da ação popular. Ademais, não há necessidade de que o dano seja efetivo, bastando a sua potencialidade lesiva. Tanto pode ser reprimida por meio de ação popular a efetiva celebração e execução de um contrato lesivo ao patrimônio público, quanto a publicação de edital tendencioso, fraudulento, que potencialmente poderia levar ao favorecimento de certa empresa, com ofensa aos princípios da livre concorrência e da moralidade.

Ademais, admite-se a propositura da ação popular contra as chamadas **omissões ilegais** do Poder Público, em que, devido à inatividade do gerente público, quando tinha a obrigação legal de agir, houve dano à coisa pública.

Como se vê, a ação popular pode ser proposta para corrigir a ação estatal (finalidade corretiva do Poder Público), bem assim para obrigar, para exigir uma atuação do gerente público (finalidade supletiva da inatividade do Poder Público).

3.1) AÇÃO POPULAR E FINS POLÍTICO-PARTIDÁRIOS

Infelizmente, a finalidade constitucional da ação popular tem sido, sorrateira e inescrupulosamente, desvirtuada, com os políticos de plantão, mais uma vez, envergonhando-nos com sua conduta desonrosa.

A reiterada utilização da ação popular como meio de oposição política de um governo a outro tem enfraquecido esse importante e democrático instituto de fiscalização da coisa pública. É lamentável, porém comum, o uso da ação popular como arma político-partidária, especialmente em períodos pré-eleitorais.

Exemplificando: o candidato do partido político "A", por meio de seus correligionários, propõe uma infinidade de ações populares contra a administração do candidato do partido "B", com vistas, tão somente, a denegrir sua imagem política. Como as ações dificilmente chegam ao seu termo antes da realização das eleições, o objetivo almejado termina por ser alcançado, que é colocar em dúvida o eleitor sobre a moralidade da administração do concorrente. É comum, em período de campanha eleitoral, determinado candidato utilizar-se de chavões falaciosos contra seu concorrente, tendo como pano de fundo a quantidade de ações populares propostas contra sua administração: "não votem no candidato "B", ele é tão desonesto que existem na Justiça mais de trinta ações populares contra atos de sua anterior administração!" (sic).

Diante da ofensa, e consciente do mal que tais alegações podem trazer à sua candidatura, o candidato "B" não fica atrás: procura seus correligionários, vai até o órgão do Poder Judiciário mais próximo e intenta umas sessenta ações populares contra seu desafeto político!!!

Pronto, está criada a tão falada – e vergonhosa! – guerra de ações populares que, afinal, em sua maioria, não levam à nada, senão ao enfraquecimento do instituto, ao afogamento do Poder Judiciário e ao prejuízo certo da Justiça, e do próprio país, que tem seus eleitores (sabidamente desinformados!) ludibriados, manobrados por esses vermes de plantão!

Cabe ao Poder Judiciário, fazendo valer sua independência institucional, coibir mais esse abuso de direito, especialmente por meio da caracterização da chamada litigância de má-fé, que resultará na imposição de sucumbência ao autor mal intencionado, bem assim na aplicação das demais sanções processuais cabíveis.

3.2) AÇÃO POPULAR E MANDADO DE SEGURANÇA

A ação popular **não** pode ser confundida com o mandado de segurança.

São dois remédios constitucionais distintos, com âmbito de proteção específico, razão pela qual não podem ser utilizados indistintamente, um como sucedâneo do outro.

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que mandado de segurança **não** substitui ação popular (STF, Súmula 101).

Conforme ensina Hel Lopes Meirelles,

"Cada um tem objetivo próprio e específico: o mandado de segurança presta-se a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito individual ou coletivo, líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos ao patrimônio público. Por aquele se defende direito próprio; por

esta se protege o interesse da comunidade, ou, como modernamente se diz, os interesses difusos da sociedade”.

Com a instituição do mandado de segurança coletivo, os direitos coletivos passam a ter duas vias processuais asseguradas constitucionalmente: o MS coletivo e a ação popular. Entretanto, essa duplicidade não apresenta inconvenientes, ao contrário, referidas ações se complementam, senão vejamos: se o direito for líquido e certo, provado documentalmente, o interessado certamente optará pelo MS coletivo, que é ação mais simples e rápida; se, todavia, o direito for ilíquido, necessitando de outras provas, o interessado usará a ação popular, que é ação mais ampla e que permite a colheita de provas no seu curso.

Ademais, a legitimação para impetração do mandado de segurança coletivo é restrita constitucionalmente (partido político, entidade sindical e associação), ao passo que a ação popular pode ser proposta por qualquer cidadão.

3.3) AÇÃO POPULAR E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN)

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), por não se prestar ao ataque de lei em tese.

Conforme visto, a ação popular pode ser utilizada para reparar danos causados, até mesmo, pela chamada “lei de efeitos concretos” (ou “leis meramente formais”), entendida como aquela que já traz em si consequências imediatas de sua incidência, por possuir destinatários certos e objeto particularizado. Se uma lei desapropria um imóvel, com ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade; se uma lei fiscal concede uma isenção individual, com ofensa ao princípio da isonomia e da moralidade etc. referidos atos podem, de pronto, serem atacadas por meio de ação popular.

O mesmo não vale, porém, para a chamada “lei em tese”, de conteúdo normativo, que regula uma situação genérica e abstrata. Essas leis, por não violarem, por si sós, direito subjetivo, não podem ser inquinadas de inconstitucionais na via da ação popular. Podem sim, ter a sua ilegitimidade questionada no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn).

Enfim, a ação popular não se presta para substituir ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), com o fim de questionar a constitucionalidade de lei em tese. A competência para a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese é do Supremo Tribunal Federal, mediante ADIn (CF, art. 102, I, “a”), bem assim do Tribunal de Justiça dos Estados, na forma do art. 125, § 2º, da Carta Política.

Nesse sentido, a orientação consolidada do Pretório Excelso:

“O julgamento de lei em tese, em sede de ação popular, por juiz de primeiro grau, implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado, acarretando a nulidade do respectivo processo” (STF, Recl. 434-1).

4) REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

A doutrina aponta três requisitos que constituem os pressupostos da ação popular, sem os quais a ação não poderá ser proposta:

- a) condição de cidadão;
- b) ilegalidade do ato;
- c) lesividade do ato.

4.1) CONDIÇÃO DE CIDADÃO

O primeiro requisito para a propositura da ação popular é ser o autor **cidadão**.

Esse requisito impõe que o autor da ação seja pessoa humana, no gozo dos seus direitos cívicos e políticos, isto é, que seja eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título de eleitor poderá propor ação popular. Poderá ser brasileiro, nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos (pois já se pode votar a partir dos 16 anos), e ainda o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos.

Não poderão propor ação popular os estrangeiros, os inalistáveis e inalistados, os partidos políticos, as organizações sindicais e quaisquer outras pessoas jurídicas, bem assim aquelas pessoas naturais que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos.

A razão para essa restrição constitucional (só permitir a legitimação ao cidadão) repousa numa questão de simetria popular: se só o cidadão pode escolher os governantes, só esse mesmo cidadão poderá fiscalizar seus atos como gestor da coisa pública.

4.2) ILEGALIDADE DO ATO

O segundo requisito para que seja proposta ação popular é a existência de uma manifestação ilegal da Administração, que, como vimos, poderá ser de natureza comissiva ou omissiva.

O ato atacado precisa ser ilegal, contrário ao Direito, infringente das normas legais específicas que regulam sua prática, ou destoante dos princípios gerais que norteiam a atuação da Administração Pública (moralidade, impessoalidade, publicidade etc.).

Essa ilegalidade, por óbvio, pode advir tanto de vício formal quanto de vício substancial, inclusive desvio de finalidade, com ofensa ideológica da lei.

4.3) LESIVIDADE DO ATO

Para ensejar a propositura da ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público (STJ, REsp 111.527/DF).

Conduta lesiva é toda aquela que, seja pela prática de um ato ou pela omissão ilegal, desfalca o Poder Público ou prejudica a Administração, bem assim aquela que ofende bens e valores artísticos, culturais, ambientais ou históricos da sociedade.

Importante ressaltar que, embora sejam mais freqüentes os atos de lesão de natureza pecuniária, a lesividade, como desenhada pelo vigente texto constitucional, abrange tanto o patrimônio material quanto o patrimônio moral, o estético, o histórico, o ambiental etc.

Como ensina Hel Lopes Meirelles,

“tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo, quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local. Por igual, tanto lesa o patrimônio público o ato de uma autoridade que abre mão de um privilégio do Estado, ou deixa perecer um direito por incúria administrativa, como o daquela que, sem vantagem para a Administração, contrai empréstimo ilegais e onerosos para a Fazenda Pública”.

Na realidade, o próprio texto constitucional não nos deixa dúvidas de que a finalidade da ação popular, hodiernamente, vai muito além da mera anulação de atos lesivos ao patrimônio público, de índole meramente patrimonial, pecuniária. Seu âmbito de proteção alcança também valores não econômicos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, desde que haja uma ilegalidade no agir do Poder Público.

Nessa esteira, a ação popular tem sido utilizada para: anulação de concessão de aumento abusivo de subsídios dos vereadores pela respectiva Câmara Municipal; anulação de venda fraudulenta de bem público; anulação de contratação superfaturada de obras e serviços; anulação de edital de licitação pública que apresenta flagrante favoritismo a determinada empresa; anulação de isenção fiscal concedida ilegalmente; anulação de autorização de desmatamento em área protegida pelo patrimônio ambiental; anulação de nomeação fraudulenta de servidores para cargo público etc.

5) PARTES NA AÇÃO POPULAR

O sujeito ativo da ação popular será sempre o **cidadão**, pessoa física no gozo dos seus direitos políticos (eleitor), conforme caracterizado em item precedente.

Pessoas jurídicas, segundo entendimento pacífico da jurisprudência, não têm legitimidade para propor ação popular (STF, Súmula 365).

Na sujeição passiva, porém, podem figurar diversos sujeitos, conforme disciplinado na Lei da Ação Popular.

Assim, devem ser obrigatoriamente citadas para figurar no pólo passivo da ação popular:

- a) todas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato ou contrato a ser anulado;
- b) todas as autoridades, funcionários e administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato a ser anulado, ou que, por omissos, permitiram a lesão;

c) todos os beneficiários diretos do ato ou contrato ilegal.

Como se vê, em qualquer situação, deverão ser citados para compor a lide a entidade lesada, os autores e participantes do ato e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público.

Todos os beneficiários do ato ou contrato impugnado são litisconsortes passivos necessários, e a falta de sua citação para o contraditório é causa de nulidade absoluta do processo de ação popular (STJ, REsp 13.493-0/RS).

Aspecto interessante é o disposto no art. 6º da Lei da Ação Popular, que permite à pessoa jurídica de direito público ou privado chamada na ação contestar ou não a ação, podendo, até mesmo, **encampar o pedido do autor**, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo exclusivo do representante legal da entidade ou da empresa.

Significa dizer que a pessoa jurídica citada como réu na ação popular pode confessar tacitamente a ação, pela revelia, ou (e aqui está a novidade!) pode confessá-la expressamente, passando a atuar em prol do pedido na inicial, contra o ato ilegal praticado e a favor do patrimônio público. Enfim, a pessoa jurídica transmuda-se de réu para colaboradora do autor na ação, na defesa do patrimônio público.

Essa situação é muito comum, senão vejamos: suponha que o governo do Estado do Rio Grande do Sul, na gestão passada, enquanto o chefe do Executivo era “fulano”, de dado partido político (PMDB, por exemplo), tenha praticado ato lesivo ao patrimônio público daquela importante entidade federada (“vendendo” a grupos empresariais, com visível favoritismo e a preço vil, o patrimônio público estadual); suponha, também, que esse leviano governo tenha sido sucedido por outro, e que a nova chefia do Executivo, pertencente a partido político diverso (PT, por exemplo), valorize o patrimônio do povo.

Nessa situação hipotética (repita-se: meramente hipotética!), caso seja atualmente proposta uma ação popular visando a anular o ato lesivo praticado pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul, na gestão passada, o atual governo poderá, quando citado, encampar a ação e passar a atuar em prol do pedido na inicial, auxiliando o autor a desvendar e a comprovar as falcaturas perpetradas pelo antigo governante, em defesa do patrimônio público do Estado (poderia o atual governo, por exemplo, ajudar a localizar, em alguma universidade da Europa, o desonesto governador da época, que, diga-se de passagem, deverá ser obrigatoriamente citado para integrar a sujeição passiva da ação popular proposta, haja vista seu suposto favorecimento com a ladroagem de então!!!).

Evidentemente, essa “situação hipotética” acima apresentada apenas mostra, numa sucessão de governo, como essa regra processual pode ser bem empregada. Nada impede, por óbvio, que a encampação da ação popular, que a confissão da ilegalidade, venha a ocorrer na própria gestão daquele que praticou o ato impugnado.

5.1) ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público tem atuação singular no processo de ação popular, destacando-se as seguintes:

- a) **como parte pública autônoma**, incumbindo-lhe, nesse papel, velar para regularidade do processo e correta aplicação da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação;
- b) **como ativador das provas e auxiliar do autor**, cabendo-lhe apressar a produção de provas pelo sujeito ativo da ação popular;
- c) **como responsável pela promoção da responsabilidade dos réus**, seja na esfera civil ou criminal;
- d) **como substituto e sucessor do autor**, na hipótese de omissão ou abandono da ação pelo sujeito ativo, se reputar de interesse público seu prosseguimento, até o julgamento.

6) COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÃO POPULAR

A competência para processar e julgar a ação popular é definida pela **origem do ato a ser anulado**.

A partir da origem do ato a ser impugnado, temos:

- a) se o ato impugnado foi praticado, aprovado ou ratificado por autoridade, funcionário ou administrador de órgão da União e de suas entidades ou por ela subvencionado, **a competência será do juiz federal da Seção Judiciária em que se consumou o ato**;

- b) se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade do Estado ou por ele subvencionado, **a competência será do juiz estadual que a organização judiciária do Estado indicar;**
- c) se o ato impugnado foi produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade de Município ou por este subvencionado, **a competência será do juiz estadual da comarca a que o Município interessado pertencer, de acordo com a organização judiciária do Estado;**
- d) se a ação interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, **será competente o juiz das causas da União (Justiça Federal).**

Para fins de competência para julgamento da ação popular, equiparam-se aos atos da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios os atos das pessoas criados ou mantidos por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas em relação às quais tenham interesse patrimonial.

6.1) PREVENÇÃO DE JURISDIÇÃO

A propositura da ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas **contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.**

A tendência atual de julgamento das ações populares é o chamado “juízo universal”, com a concentração das ações, de mesmos fundamentos e mesmas partes, num mesmo juízo.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“O juízo da ação popular é universal, impondo-se a reunião de todas as ações conexas, com fundamentos jurídicos iguais ou assemelhados” (Ccomp 19.686/DF).

6.2) INCOMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PARA JULGAR AÇÃO POPULAR

Os Tribunais do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça etc.) **não** têm competência originária para o julgamento de ação popular em geral.

Significa dizer que, ainda quando proposta contra atos do Presidente da República, do Presidente do Senado, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Governador de Estado, do Prefeito etc., **a ação popular será processada e julgada perante a Justiça de primeiro grau** (federal ou estadual, conforme o caso).

O Supremo Tribunal Federal decidiu, porém, ser de sua competência originária o julgamento de ação popular na qual, pela sua natureza peculiar, a decisão pudesse criar um conflito entre um Estado e a União (STF, Recl. 424-4/RJ).

7) PROCESSO

O processamento da ação popular segue o **rito ordinário**, com algumas modificações, a seguir comentadas.

Ao despachar a inicial, o juiz:

- a) ordenará a citação de todos os responsáveis pelo ato impugnado e a intimação do Ministério Público, que é interveniente obrigatório na ação;
- b) requisitará os documentos necessários, marcando o prazo de quinze a trinta dias para atendimento;
- c) ordenará a citação pessoal dos que praticaram o ato e a citação edital e nominal dos beneficiários, se o autor assim requerer;
- d) decidirá sobre a suspensão liminar do ato impugnado, se for pedida;

Uma vez citada, citada, a pessoa jurídica interessada na demanda poderá contestar, abster-se de contestar ou encampar expressamente o pedido da inicial.

O prazo para contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogável por mais vinte, a requerimento dos interessados, se difícil a obtenção da prova documental.

A sentença, em qualquer hipótese, deverá ser proferida dentro de 15 (quinze) dias da conclusão dos autos, sob pena de ficar o juiz impedido de promoção durante dois anos e, na lista de Antigüidade, ter descontados tantos dias quantos forem os do retardamento da decisão, ressalvada a possibilidade de o magistrado justificar e comprovar os motivos do atraso no julgamento.

A Constituição Federal isenta de custas (a ação é gratuita) e de ônus de sucumbência (honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação) o autor popular, salvo comprovada má-fé.

8) MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO POPULAR

A Lei admite expressamente a concessão de medida liminar em sede de ação popular, visando à imediata sustação do ato impugnado até a apreciação do mérito.

8.1) CASSAÇÃO DA LIMINAR EM AÇÃO POPULAR

A liminar concedida na ação popular proposta contra o Poder Público poderá ser cassada (suspensa) pelo Presidente do Tribunal competente para o conhecimento do respectivo recurso, mediante despacho fundamentado, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O Presidente do Tribunal, ao apreciar o pedido de cassação da medida liminar, poderá ouvir, previamente, o autor e o Ministério Público, em cinco dias.

9) SENTENÇA

A sentença na ação popular tem natureza preponderantemente **constitutiva negativa** (ou **desconstitutiva**, pois visa a desconstituir o ato impugnado, ilegal e lesivo ao patrimônio público).

Entretanto, a sentença pode ter, subsidiariamente, efeito **condenatório**, o que tem levado parte da doutrina a denominá-la de **desconstitutiva-condenatória** (Alexandre de Moraes).

Se julgada procedente a ação, o juiz:

- a) decretará a invalidade do ato impugnado;
- b) determinará as restituições devidas, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela prática do ato e os beneficiários de seus efeitos;
- c) condenará os réus ao pagamento das custas e despesas com a ação, bem como dos honorários do advogado do autor da ação;

Como se vê, a sentença cuida de três aspectos distintos, a saber:

- 1º) do ato impugnado, declarando sua invalidade;
- 2º) dos responsáveis pela prática do ato (réus), responsabilizando-os pela reparação do dano;
- 3º) dos beneficiários do ato (co-réus), também solidariamente responsáveis pela reparação do dano.

Somente ficará para ser apurada em ação específica (ação regressiva) a responsabilidade dos eventuais servidores envolvidos, que não tiverem integrado a ação popular, pois a apuração dessa responsabilidade depende da comprovação de culpa ou dolo, nos estritos termos do art. 37, § 6º, da Carta da República.

Com a invalidação do ato impugnado, a condenação abrangerá as indenizações devidas, as custas e despesas com a ação realizadas pelo autor, bem assim os honorários de seu advogado (ônus de sucumbência).

Nesse último ponto – ônus de sucumbência, que são os honorários do advogado da parte vencedora -, não se deve confundir a isenção constitucional em favor do autor, quando a ação popular é julgada improcedente, com a obrigatoriedade de seu pagamento pelos réus, quando a ação é julgada procedente.

Evidentemente, a isenção assegurada pela Constituição beneficia o autor da ação popular, quando esta é julgada improcedente, e desde que não haja má-fé de sua parte, ao propor a ação popular. Foi uma forma encontrada pelo legislador constituinte de estimular o controle popular da gestão do patrimônio público, estabelecendo a gratuidade da ação (não há pagamento de emolumentos e custas perante a Justiça) e a isenção do ônus de sucumbência, em caso de ser julgada improcedente a ação popular.

Em relação aos réus, por óbvio, não há que se falar em isenção do ônus de sucumbência: sendo julgada procedente a ação popular, serão eles condenados ao ressarcimento das despesas havidas pelo autor da ação, bem assim dos honorários do advogado deste.

9.1) CONDENAÇÃO DE NATUREZA CRIMINAL

A sentença em ação popular é de natureza tipicamente **civil**, não comportando condenação de índole política, administrativa ou criminal.

Significa dizer que, além da decretação da invalidade do ato ou contrato impugnado e das reparações civis devidas, a sentença em ação popular **não** poderá impor nenhuma outra sanção aos réus.

Assim, se ao final da ação popular restar comprovada alguma violação de norma penal ou disciplinar, a que a lei comine pena nessas esferas, o juiz determinará, de ofício, a remessa de peças processuais ao Ministério Público, para a instauração da persecução penal devida, e à autoridade a quem competir a aplicação da punição, se for o caso de penalidade administrativa (pena de demissão de servidor, por exemplo).

10) RECURSOS

As sentenças proferidas em ação popular são passíveis de **recurso de ofício** e **apelação voluntária**, com efeito suspensivo.

10.1) DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O recurso de ofício só será interposto quando a sentença concluir pela **improcedência** ou pela **carência** da ação.

Como se vê, a hipótese é diametralmente contrária ao que ocorre no mandado de segurança, em que o recurso de ofício só é interposto quando a segurança é concedida. Enfim: no mandado de segurança, temos o duplo grau de jurisdição obrigatório quando a ação é julgada procedente (sentenças concessivas da segurança); na ação popular, temos o duplo de jurisdição obrigatório quando a sentença reconhece a improcedência da ação (ou sua carência).

Conforme ensina o Prof. Hel Lopes Meirelles,

“O recurso de ofício só será interposto quando a sentença concluir pela improcedência ou pela carência da ação. Inverteu-se, assim, a tradicional orientação desse recurso (que nas outras ações é interposto quando julgadas procedentes), para a melhor preservação do interesse público, visto que a rejeição da ação popular é que poderá prejudicar o patrimônio da coletividade, lesado pelo ato impugnado”.

O recurso de ofício é manifestado por meio de simples declaração do juiz na conclusão da sentença (geralmente com os seguintes dizeres: “sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição”).

Entretanto, caso o juiz prolator da sentença se omita, deverá o Tribunal avocar o processo, considerando o recurso interposto, e reapreciar o mérito do julgamento inferior que deu pela improcedência ou pela carência da ação popular.

10.2) APELAÇÃO

A apelação voluntária é cabível tanto da sentença que julgar **procedente** ou **improcedente** a ação, quanto da que decidir pela sua **carência**.

A apelação em ação popular tem sempre **efeito suspensivo** e seguirá o trâmite comum, previsto no Código de Processo Civil (CPC). Nesse ponto, o processo da ação popular também distingue-se do de mandado de segurança: enquanto neste a apelação possui efeito meramente devolutivo, na ação popular a apelação é dotada de efeito suspensivo.

10.3) OUTROS RECURSOS

As decisões interlocutórias são passíveis de **agravo de instrumento**.

No caso de concessão de medida liminar, cabe **pedido de cassação** dirigido ao Presidente do Tribunal competente para a apreciação do recurso de mérito.

No mais, as decisões e despachos interlocutórios em ação popular ficam sujeitos a todos os recursos do Código de Processo Civil, desde que presentes os pressupostos para sua interposição.

11) COISA JULGADA

Nem toda sentença definitiva proferida em ação popular produz coisa julgada. Há necessidade de se averiguar se houve ou não exame do mérito da ação, conforme expandido a seguir.

Na prolação da sentença definitiva na ação popular, poderemos ter o seguinte:

- a) a sentença julga procedente a ação, com exame do mérito;
- b) a sentença julga improcedente a ação, com exame de mérito;

c) a sentença julga improcedente a ação, por deficiência de provas (sem exame do mérito).

Nos dois primeiros casos (letras "a" e "b", acima), como a sentença decide a questão de mérito, há eficácia de coisa julgada, oponível erga omnes.

Se há coisa julgada, significa dizer que não poder ser admitida outra ação com o mesmo fundamento e objeto, ainda que proposta por outro cidadão. Caso seja proposta, poderá o réu alegar coisa julgada, para o não conhecimento da nova ação popular.

Entretanto, no terceiro caso (letra "c", acima), como a sentença não examinou o mérito da ação, não há que se falar em coisa julgada e, portanto, pode ser intentada nova ação com o mesmo fundamento, desde que sejam indicadas novas provas.

12) EXECUÇÃO

A sentença transitada em julgado em ação popular constitui título para instauração da chamada **execução popular**.

Ademais, dispõe a Lei da Ação Popular que a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, **desde a prolação da sentença condenatória** (art. 14, § 4º).

Podem promover a execução popular:

- a) o autor da ação;
- b) qualquer outro cidadão;
- c) o representante do Ministério Público;
- d) as entidades chamadas na ação, ainda que a tenham contestado.

A legitimação do Ministério Público para intentar execução da ação popular é **subsidiária e condicionada**: o Ministério Público só poderá promover a execução se verificados a inércia do autor e o desinteresse de outro cidadão, e após transcorrer o prazo de 60 (sessenta) dias da publicação do julgado condenatório.

Entretanto, se verificados a inércia e o desinteresse, o Ministério Público está obrigado, nos 30 (trinta) dias subseqüentes, a promover a execução, sob pena de falta grave.

A execução pode ser por **quantia certa** (se a condenação versar sobre perdas e danos, ou impuser pagamento devido, ou determinar reposição de débito) e para **entrega de coisa certa** (se determinar a devolução de bens ou valores).

Se o réu condenado perceber dos cofres públicos (for servidor público, aposentado, pensionista etc.), a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

EXERCÍCIOS

1) Considere a seguinte situação hipotética: Um cidadão ajuizou ação popular, visando a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, praticado pelo diretor-presidente da CEB, consistente em desrespeito a um dos princípios da administração pública, mas que não causou dano patrimonial. Nesse caso, o advogado do réu deveria, em preliminar, suscitar a impossibilidade jurídica do pedido, porquanto a ação popular só se presta à proteção dos patrimônios público, histórico e cultural.

2) Todo brasileiro está legitimado a propor ação popular, para a defesa do patrimônio público, contra atos lesivos de autoridades e servidores públicos.

3) Todo indivíduo é parte legítima para propor ação popular contra ato de administrador público lesivo ao patrimônio público.

4) Qualquer brasileiro é parte legítima para a propositura de ação popular.

5) A ação tendente a anular ato lesivo ao patrimônio público é o mandado de segurança.

6) Qualquer indivíduo, desde que brasileiro, é parte legítima para ajuizar ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público.

7) A ação popular destina-se a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

8) A ação popular somente pode ser proposta para defesa do patrimônio público contra eventual ato lesivo, de índole pecuniária.

- 9) Se é caso para mandado de segurança, não cabe ação popular.
- 10) Embora constituam as duas ações remédios constitucionais, os pressupostos do mandado de segurança são diversos dos da ação popular, e o rito processual daquele não se coaduna com a maior amplitude das discussões e provas necessárias ao julgamento da ação popular.
- 11) Embora geralmente a ação popular seja proposta com o intuito de reparar um dano já causado ao bem público, existem situações que autorizam a propositura da ação popular preventiva.
- 12) A ação popular pode ser proposta com o intuito de reprimir uma omissão ilegal do Poder Público.
- 13) Mandado de segurança não substitui ação popular.
- 14) A ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade.
- 15) Não cabe ação popular contra lei em tese.
- 16) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o julgamento de lei em tese, em sede de ação popular, por juiz de primeiro grau, implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o controle concentrado, acarretando a nulidade do respectivo processo.
- 17) Não podem propor ação popular os estrangeiros, os brasileiros naturalizados, os partidos políticos, as organizações sindicais e quaisquer outras pessoas jurídicas.
- 18) Para ensejar a propositura da ação popular, não basta ser o ato ilegal, deve ser ele lesivo ao patrimônio público.
- 19) O âmbito de proteção da ação popular alcança também valores não econômicos, como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico, desde que haja uma ilegalidade na atuação do Poder Público.
- 20) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as pessoas jurídicas não têm legitimidade para propor ação popular.
- 21) Em sede de ação popular, deverão ser citados para compor a lide a entidade lesada, os autores e os beneficiários do ato ou contrato lesivo ao patrimônio público.
- 22) Em sede de ação popular, os beneficiários do ato ou contrato impugnado são litisconsortes passivos necessários, e a falta de sua citação para o contraditório é causa de nulidade absoluta do processo da ação.
- 23) A competência para processar e julgar ação popular é definida pela origem do ato a ser anulado.
- 24) Ainda quando proposta contra atos do Presidente da República, a ação popular será processada e julgada perante a Justiça de primeiro grau.
- 25) Não cabe medida liminar em ação popular.
- 26) A liminar concedida na ação popular proposta contra o Poder Público poderá ser cassada pelo Tribunal que seria competente para o conhecimento do recurso.
- 27) A sentença na ação popular tem natureza preponderantemente constitutiva negativa.
- 28) A sentença em ação popular é de natureza tipicamente civil, não comportando condenação de índole política, administrativa ou criminal.
- 29) Em sede de ação popular, o recurso de ofício só será interposto quando a sentença concluir pela procedência da ação.
- 30) Em sede de ação popular, a apelação voluntária é cabível tanto da sentença que julgar procedente ou improcedente a ação, quanto da que decidir pela sua carência.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9C 10C 11C 12C 13C 14C 15C 16C 17E 18C 19C 20C 21C 22C 23C 24C 25E
26E 27C 28C 29E 30C

AULA 50: AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Cuidarei hoje da ação civil pública, ação constitucional de competência precípua do Ministério Público, na defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade (CF, art. 129, III).

Considerando que abordarei nesta aula todos os aspectos que julgo relevantes sobre referida ação, inclusive quanto às regras processuais (considerar-me-ia um desonesto se não o fizesse!), e consciente de que seu estudo é por demais espinhoso, sinto-me na obrigação de sugerir o seguinte:

1) se você está estudando para um concurso em que o edital exige apenas "Direito Constitucional", genericamente, sem se referir especificamente à "ação civil pública", **recomendo apenas a leitura dos itens 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 9 e a resolução dos 10 (dez) primeiros exercícios da lista apresentada.**

Em relação a esses itens, não tenho dúvidas: podem ser cobrados em qualquer concurso público de nível superior que exija Direito Constitucional, pois cuidam eles de aspectos tipicamente constitucionais da ação civil pública, que, diga-se de passagem, é ação de natureza constitucional, assim como tantas outras (mandado de segurança, ação popular etc.).

2) se você está estudando para um concurso da área jurídica, ou em que o edital exija direito processual civil ou se refira especificamente à "ação civil pública", **ai sim, recomendo a leitura de todos os itens, de toda a Aula.**

Evidentemente, dentro da lógica do "quanto mais melhor", não há mal algum no estudo completo da ação civil pública por todos, mas, a depender do seu tempo disponível, talvez seja conveniente seguir minha sugestão.

1) CONCEITO E HISTÓRICO

A ação civil pública tem amparo constitucional, figurando como uma das funções institucionais do Ministério Público (CF, art. 129, III).

A Lei nº 7.347, de 1985, disciplina a ação civil pública, sendo complementada por outras leis especiais.

A ação civil pública é o instrumento adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade (Hel Lopes Meirelles).

Destinada à proteção dos direitos difusos da sociedade, a ação civil pública **não** se presta a amparar direitos individuais, **nem** se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.

Interesses difusos podem ser conceituados como aqueles dispersos por toda a comunidade e que apenas a comunidade, enquanto tal, pode prosseguir. São necessidades comuns a uma pluralidade de indivíduos e que somente podem ser satisfeitos numa perspectiva comunitária. É o caso da defesa do meio ambiente, da defesa do patrimônio histórico, da proteção do consumidor etc.

A ação civil pública é, em suma, mais uma ação de natureza coletiva que, ao lado do mandado de segurança coletivo e da ação popular, se destina à defesa de interesses de grupos sociais.

Reconhece-se, hodiernamente, a crescente importância dos grupos sociais na sociedade contemporânea, com tendente substituição dos indivíduos pelos grupos e respectivas entidades governamentais. Esses grupos sociais são também chamados de "corpos intermediários", porque se situam entre o ser humano, individualmente considerado, e o Estado.

Em decorrência, passam também a merecer especial atenção do Estado as chamadas ações coletivas, para a proteção dos interesses desses grupos.

É exatamente nessa esteira que surgiu a ação civil pública, como ação especial, destinada a proteger certos direitos difusos antes não especificamente amparados pelas ações existentes.

2) OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública surgiu com o seu campo de aplicação bastante restrito, permitindo a proteção de apenas alguns interesses taxativamente enumerados no texto legal.

Posteriormente, no entanto, a legislação ampliou significativamente seu campo de proteção, permitindo que sejam protegidos pela ação civil pública:

- a) os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- b) outros interesses difusos ou coletivos (aqui, nesse campo genérico, não se incluem os interesses individuais homogêneos).

Leis posteriores ampliaram ainda mais o alcance da ação civil pública, que passou a ser instrumento para a defesa dos deficientes físicos; dos investidores no mercado de capitais; da ordem econômica e a economia popular; e das crianças e adolescentes.

Para fins de proteção por meio de ação civil pública, considera-se:

MEIO AMBIENTE – conjunto de elementos da natureza – terra, água, ar, flora e fauna – ou criações humanas essenciais à vida de todos os seres e ao bem-estar do homem na comunidade. Na sua proteção, deve ser considerado o impacto ambiental, entendido como a degradação que o ato ou fato provoca nos elementos da natureza ou nos sítios, naturais ou artificiais, dignos de preservação, inclusive a poluição sonora.

CONSUMIDOR – todo aquele que se utiliza de produtos, atividades ou serviços de outrem, merecendo proteção do Estado.

BENS E DIREITOS DE VALOR ARTÍSTICO, ESTÉTICO, HISTÓRICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO – todos aqueles que constituem o patrimônio cultural da comunidade, independentemente de tombamento (um rio, que nunca será tombado, poderá ser protegido contra os seus poluidores mediante ação civil pública).

Em qualquer hipótese, o ajuizamento da ação civil pública **não** impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, nem gera litispendência.

2.1) USO TEMERÁRIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Hodiernamente, muito se fala do uso generalizado e indiscriminado da ação civil pública, que estaria transformando esse importante instituto jurídico numa panacéia geral para toda e qualquer situação.

Essa tendência contemporânea de generalizar o uso da ação civil pública, sem que se atenda à sua verdadeira finalidade, tem sido muito criticada pela doutrina, ao fundamento de que “a generalização no uso de um instituto jurídico leva à sua menor eficiência” (Arnoldo Wald).

Concordamos integralmente com essa posição.

Isso porque, o uso indiscriminado do instituto termina por forçar o Estado a, subseqüentemente, limitar o seu campo de competência. Antecedentes que confirmam essa tese não faltam. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o mandado de segurança, em que o seu uso generalizado terminou levando o legislador ordinário a impor tantas restrições legais ao seu campo de proteção que praticamente ameaçou a sua natureza de ação especial. Enfim, o uso indiscriminado de um instituto jurídico, além de sua verdadeira finalidade, termina por levar ao extremo oposto: o seu enfraquecimento.

Com o devido respeito aos que assim não pensam, e ressalvado o meu imensurável reconhecimento à ímpar importância do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos e de nossas instituições democráticas, acredito seja o que está acontecendo na atualidade com a ação civil pública.

O uso generalizado e indiscriminado da ação pública, na tentativa de se colocar sob o seu manto de proteção direitos que, de longe, não se caracterizam como difusos ou coletivos, tende a enfraquecê-la (senão a transformá-la numa panacéia!), por meio da limitação legal ou jurisprudencial de seu alcance.

Aliás, já estamos vivenciando a imposição, pelos tribunais do país, de diversas restrições ao seu uso, com sensível redução do seu campo de proteção e, em decorrência, de sua importância como remédio constitucional. Nessa esteira, podemos citar, entre outras, as orientações do Supremo Tribunal Federal que vedam a utilização da ação civil pública em matéria tributária, bem assim como instrumento de controle de constitucionalidade com eficácia erga omnes.

A nosso ver, os amplos poderes conferidos pelo legislador constituinte ao Ministério Público – repita-se, absolutamente indispensáveis à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis – estão a exigir uma maior discussão a respeito do campo de proteção da ação civil pública, com o fito de se evitar o seu uso generalizado, temerário, que, como se disse, só tem o condão de enfraquecer tão relevante instituto jurídico.

Finalizando essas breves considerações, espero ter conseguido bem suscitar essa questão, até porque ela tem sido objeto de reiterados concursos públicos, seja em quesitos de prova objetiva ou como tema de prova discursiva.

Porém, mais importante para mim é não deixar dúvidas a respeito dos pontos de vista expostos: não são opiniões contrárias à atuação do Ministério Público (estaria sendo irresponsável e inconseqüente se o almejassem!), mas sim algumas palavras em favor da ação civil pública, que, para consolidar-se no nosso meio, deve ter respeitada sua verdadeira finalidade constitucional.

3) PARTES NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Podem propor ação civil pública (sujeitos **ativos**):

- a) o Ministério Público;
- b) as pessoas jurídicas estatais da administração direta e indireta (União, Estados, Distrito Federal e os Municípios e suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista);
- c) as associações, constituídas há pelo menos um ano, que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Na sujeição **passiva**, podem figurar todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação (danos ao meio ambiente, ao consumidor etc.), sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais, da Administração direta e indireta.

3.1) ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A promoção da ação civil pública é uma das funções institucionais do Ministério Público (CF, art. 129, III), ocupando o *Parquet* posição privilegiada no seu processo, senão vejamos:

- a) é um dos legitimados para o ajuizamento da ação;
- b) se a ação não for por ele proposta, atuará como parte autônoma, zelando pela regularidade do processo e pela correta aplicação da lei;
- c) se houver desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, deverá assumir a titularidade ativa;
- d) se, decorridos 60 (sessenta) dias da sentença condenatória, a associação autora da ação não promover a execução, é sua obrigação fazê-lo;
- e) está isento de custas e honorários advocatícios (ônus de sucumbência) no caso de improcedência da ação civil pública por ele proposta;

É admitida a formação de litisconsorte facultativo entre os Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal na ação civil pública.

Ademais, qualquer pessoa **poderá** e o servidor público **deverá** provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública, indicando-lhe os elementos de convicção.

De igual modo, os Juízes e Tribunais que, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, deverão remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Evidentemente, o Ministério Público não está obrigado, nessas hipóteses, a propor a ação civil pública. Se o *Parquet* se convencer da inexistência de fundamento para o ajuizamento da ação, promoverá o arquivamento dos autos, do inquérito civil ou das peças informativas recebidas, fazendo-o motivadamente e remetendo sua manifestação ao Conselho Superior do Ministério Público, para a deliberação definitiva sobre o arquivamento.

Entretanto, ajuizada a ação civil pública, dela **não pode desistir** o Ministério Público, por ser indisponível o seu objeto. Poderá, porém, diante das provas produzidas no curso do processo, opinar ao final pela improcedência da ação.

4) INQUÉRITO CIVIL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Estabelece a Carta da República que é função institucional do Ministério Público promover o **inquérito civil** e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

O inquérito civil e a ação civil pública são institutos distintos, embora guardem relação entre si, conforme explicitado a seguir.

O inquérito civil é procedimento meramente **administrativo**, de natureza pré-processual, que se realiza extrajudicialmente, no âmbito do Ministério Público.

Em verdade, o inquérito civil é um **procedimento administrativo preparatório**, que tem por objeto coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. É um meio, **facultativo**, de viabilizar o exercício da ação civil pública, evitando-se a propositura de eventuais ações temerárias.

No curso do inquérito civil, há possibilidade de uma melhor análise dos elementos e provas apontados como fundamento para a propositura da ação civil pública. Permite que o Ministério Público melhor avalie sobre a conveniência ou não da propositura da ação civil.

A instauração do inquérito civil **não** obrigará o Ministério Público a ajuizar a ação civil pública. Concluso o inquérito civil, desde que lhe pareçam insuficientes as provas e demais elementos de convicção coligidos, poderá decidir pela não propositura da ação civil pública, determinando o seu arquivamento.

A instauração do inquérito civil é **facultativa**, pois **não** constitui ele pressuposto para o ajuizamento da ação civil pública. De igual, a existência de inquérito civil, ou mesmo o seu arquivamento, **não** obsta o ajuizamento da ação civil pública pelos demais titulares ativos (associações e entidades estatais).

Enfim, a legitimidade ativa dos demais titulares da ação civil pública **não** é prejudicada com a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público. Poderão eles ajuizar a ação civil antes do Ministério Público, ou durante a tramitação do inquérito civil ou, ainda, após eventual arquivamento do inquérito civil.

Em suma, podemos enumerar as características do inquérito civil: procedimento administrativo, pré-processual, facultativo e de natureza instrumental, para o fim de atuação do Ministério Público.

5) AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR

Embora sejam ambas ações de natureza coletiva, as finalidades da ação popular e da ação civil pública são distintas.

Embora o mesmo fato possa ensejar a propositura da ação popular e o ajuizamento da ação civil pública, há dessemelhanças entre as ações que merecem ser estudadas.

A primeira delas diz respeito à **legitimidade ativa**, que na ação popular é outorgada, privativamente, ao **cidadão**, enquanto na ação civil pública pertence ao Ministério Público, entidades estatais e associações que atuam na defesa dos interesses por ela tutelados.

A segunda diz respeito à **natureza da sentença** proferida pelo magistrado. Enquanto na ação popular a sentença é **desconstitutiva-condenatória** (decreta a nulidade do ato ou contrato impugnado e, subsidiariamente, condena os réus à reparação do dano), na ação civil pública a sentença é preponderantemente **condenatória**, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer.

Em outras palavras,

a) **na ação popular, a sentença é preponderantemente desconstitutiva e apenas subsidiariamente condenatória** (pois o dever de reparar o dano só surge com a decretação, com a desconstituição, do ato ou contrato impugnado);

b) **na ação civil pública, a sentença é preponderantemente condenatória**, até porque, na maioria das vezes, a desconstituição do dano causado não é possível (a poluição de um rio, com a conseqüente morte de milhares de peixes e outros animais aquáticos, por exemplo, não pode ser desconstituída).

Exemplificando: numa ação popular proposta com o fim de anular um contrato administrativo fraudulento que esteja em vigência, a sentença, se julgada procedente a ação, determinará a nulidade do ato, desconstituindo o contrato desde a sua celebração, e, subsidiariamente, como decorrência da declaração da nulidade do contrato, condenará os réus à reparação do dano causado ao patrimônio público; diferentemente, caso seja proposta uma ação civil pública em defesa de um manancial que tenha sido degradado, a sentença será tipicamente condenatória, seja **em dinheiro** (condenando os responsáveis ao pagamento de importância pecuniária reparadora do dano), em **obrigação de fazer** (condenando os responsáveis à imediata recuperação do manancial, por meio de medidas ecológicas

adequadas) ou **obrigação de não fazer** (condenando os responsáveis à imediata cessação da depredação do manancial, se ainda houver tempo para isso).

Nessa esteira, podemos ter, é certo, a concomitância de ação popular e ação civil pública com o mesmo objeto, pois a propositura de ação civil pública **não** exclui a ação popular. Esse ponto não se discute, pois a própria Lei da Ação Civil Pública é expressa a respeito, ao dispor que a ação civil pública não afasta a ação popular (Lei nº 7.347, de 1985, art. 1º)

Entretanto, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que não cabe ação civil pública com pedido típico de ação popular, e vice-versa.

6) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A questão de se saber se a ação civil pública constitui instrumento idôneo para a realização do controle de constitucionalidade das leis foi objeto de grande controvérsia na doutrina e jurisprudência.

O cerne da questão repousou no fato de que foram intentadas, pelo país afora, numerosas ações civis públicas, com a finalidade de ver declarada a inconstitucionalidade de leis federais supostamente ilegítimas (que instituíam impostos, por exemplo). Nesses casos, quando a sentença do juiz de primeiro grau julgava procedente a ação civil, referida decisão gerava eficácia erga omnes, e então afastava a aplicação da lei (e a conseqüente exigência do imposto) em todo o território da jurisdição do juiz prolator da sentença.

Nessas situações, afirma-se que a ação civil pública estava sendo utilizada como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), com flagrante usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe apreciar a inconstitucionalidade das leis federais em tese, com eficácia erga omnes (CF, art. 102, I, "a").

Outros inconvenientes também eram vislumbrados com a possibilidade de sentença em ação civil pública declarando, erga omnes, a inconstitucionalidade de uma lei, entre os quais destacamos os seguintes:

- a) o afastamento da aplicação de uma lei federal em todo o território de um dado Estado violaria o princípio federativo, com a quebra da identidade do "direito federal" aplicado em todo o país;
- b) com a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade em tese pelos Estados-membros, mediante ADIn proposta perante o Tribunal de Justiça, haveria inarredável conflito de competência na hipótese de a mesma lei vir a ser declarada inconstitucional em sede de ação civil pública, no juízo de primeiro grau, e reconhecida como constitucional pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado, em sede de ADIn. Qual decisão prevaleceria, erga omnes, no âmbito do Estado? A proferida em ação civil pública, pelo juiz de primeiro grau? A proferida pelo Tribunal de Justiça, em sede de ADIn? Ou seria aquela proferida em primeiro lugar?

Apresentado assim o tema, o fato é que atualmente a questão está consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da seguinte forma:

- a) **a ação civil pública NÃO pode ser utilizada como sucedâneo da ADIn, para o controle de constitucionalidade com eficácia erga omnes**, pois nesse caso estaria havendo usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal pelos Juízos inferiores;
- b) **a ação civil pública PODE ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade**, desde que no âmbito do controle difuso ou incidental, em que a decisão prolatada pelo juiz **não** é dotada de eficácia erga omnes, mas sim limitada às partes do processo concreto.

Desse modo, não existe restrição à utilização da ação civil pública como meio de controle de constitucionalidade difuso (ou incidental). O controle difuso em sede de ação civil pública, como em outras ações, pode ter por objeto leis federais, estaduais, distritais ou municipais.

O Prof. Alexandre de Moraes cita um excelente exemplo de utilização da ação civil pública como meio de controle de constitucionalidade difuso, nos seguintes termos:

"O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal. O juiz ou tribunal – CF, art. 97 – poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com *efeitos somente para as partes e naquele caso concreto*".

7) AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OUTRAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Em qualquer hipótese, o ajuizamento da ação civil pública **não** impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, nem gera litispendência.

A propositura da ação civil pública, portanto, não impede que o interessado intente, em ação individual (mediante mandado de segurança ou ação ordinária, por exemplo), a proteção de seu direito.

8) AÇÃO CIVIL PÚBLICA E EQUIDADE

A ação civil pública somente pode ser utilizada nos casos previstos em lei, não se prestando para a defesa de interesses não fundadas em norma legal, sob o fundamento de emprego da equidade.

Conforme nos ensina Arnaldo Wald,

“A ação civil pública não é instrumento de equidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela lei”.

Na mesma linha, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, afirmando que **é incabível ação civil pública baseada na equidade**.

9) AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Conforme vimos, a ação civil pública só pode ser utilizada quando prevista legalmente, aplicando-se-lhe o princípio do *numerus clausus* (ou da taxatividade).

É firme a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Ministério Público **não** tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade de tributos e obter a restituição dos valores indevidamente pagos.

Em se tratando de tributo acoimado de inconstitucional, o meio idôneo para o controle da constitucionalidade da respectiva lei é a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), prevista no art. 102, I, “a”, da Carta Política.

10) FORO COMPETENTE

A ação civil pública deverá ser ajuizada no **foro do local onde ocorrer o dano**.

Essa regra visa a facilitar a obtenção de prova testemunhal e a realização de eventuais perícias que se fizerem necessárias à comprovação do dano.

Assim, o foro competente para a apreciação será sempre o do local do dano, ainda que seja caso que envolva interesse da União.

Se a União figurar como parte interessada, mesmo a competência sendo da Justiça Federal, a ação civil pública será processada perante o Juiz de Direito Estadual local, com eventuais recursos para o Tribunal Regional Federal (TRF) da respectiva região, na forma dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 109 da Constituição Federal.

Essa matéria está sumulada no Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

“Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo” (STJ, Súmula 183).

A competência para processamento e julgamento da ação civil pública é de natureza funcional, e portanto absoluta e improrrogável. Por essa razão, **não** se admite a reunião de ações propostas em Estados diferentes, mesmo que sejam conexas.

Exemplificando: ainda que sejam conexas, em razão da identidade de pedidos e de causa de pedir, uma ação civil pública ajuizada em São Paulo (SP) não atrai outra proposta em Recife (PE), para o fim de julgamento simultâneo. São ações sujeitas a jurisdições diferentes, e serão julgadas por juízos diferentes.

11) PROCESSO E MEDIDA LIMINAR

O processo da ação civil pública é o **ordinário**, comum, previsto no Código de Processo Civil (CPC).

A ação admite a concessão de medida liminar, com o fim de sustar a atividade danosa do réu, desde que pedida na inicial e que satisfeitos seus pressupostos genéricos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*).

A liminar, porém, só poderá ser concedida após ter ouvido, em 72 (setenta e duas) horas, o representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada.

A liminar poderá ser cassada (suspensa) pelo Presidente do Tribunal competente para conhecer do respectivo recurso, desde que haja pedido nesse sentido formulado pela pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

12) RESPONSABILIDADE DO RÉU

Na ação civil pública, o réu tem **responsabilidade objetiva** perante danos causados ao meio ambiente.

Significa dizer que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente.

Em face dessa responsabilidade objetiva, o autor da ação civil pública não precisa demonstrar culpa ou dolo na conduta danosa do réu. É suficiente que fique evidenciado o nexo de causalidade entre a ação (ou omissão) do réu e o dano causado ao bem que se visa proteger.

Desse modo, a defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração: (a) de que não foi ele o responsável pela prática do ato ou fato lesivo; (b) de que a ocorrência não é lesiva ao meio ambiente; (c) de que não houve a conduta impugnada.

Evidentemente, não há que se falar em alegação de que não houve culpa ou dolo na prática do ato lesivo, porque a responsabilidade do réu é do tipo objetiva.

13) SENTENÇA

A sentença na ação civil pública condenará o réu ao pagamento em **dinheiro** ou à obrigação de **fazer** ou **não fazer**.

Em nossa opinião, a sentença que melhor se coaduna com a natureza da ação civil pública é aquela que impõe a obrigação de **fazer** ou **não fazer**, haja vista sua precípua finalidade, que é obstar ou reparar a lesão ao bem jurídico.

Conforme nos ensina Hel Lopes Meirelles,

“Esta imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque, na maioria dos casos, o interesse público é mais o de obstar a agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta *in specie* do dano do que de receber qualquer quantia em dinheiro para sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como envenenamento de um manancial, com a mortandade da fauna aquática”.

Na condenação à obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da sentença *in specie*, sob pena de execução específica ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de pedido do autor da ação civil.

A sentença, conforme vimos, poderá condenar o réu na indenização ou na obrigação de fazer ou não fazer, com as devidas cominações processuais requeridas na inicial. Não se fala, em ação civil pública, em desconstituição do ato, pois este é um provimento típico de ação popular.

A sentença poderá ter seus efeitos suspensos pelo Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso até o seu trânsito em julgado, nos mesmos termos e condições nos quais se admite a suspensão da liminar.

No caso de improcedência da ação civil pública intentada pelo Ministério Público, **não** cabe a condenação em ônus de sucumbência (honorários advocatícios).

Finalmente, cabe esclarecer que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) é meramente processual (“lei adjetiva”), pelo que eventuais condenações devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Poder Judiciário.

14) COISA JULGADA

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A eficácia erga omnes, por óbvio, há que ser interpretada como atingindo a todos **nos limites da competência territorial do juiz prolator da sentença**. Se a decisão é do Poder Judiciário de um Estado, é evidente que a eficácia erga omnes restringe-se ao seu território (não faz sentido a decisão do Poder Judiciário de um Estado ter efeitos gerais também em outro).

Foi veemente rechaçada a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais, proferidas em ação civil pública, como pretenderam alguns juízes do nosso país.

15) AÇÕES CIVIS PÚBLICAS ESPECIAIS

Existem leis especiais que cuidam da ação civil pública no âmbito do mercado de capitais (Lei nº 7.913, de 1989); na defesa do consumidor (Lei nº 8.078, 1990); na defesa da criança e do adolescente (Lei nº 8.069, de 1990); nas infrações da ordem econômica e da economia popular (Lei nº 8.884, de 1994).

Nesses casos, aplica-se preponderantemente a respectiva lei especial e, subsidiariamente, no que couber, a Lei da Ação Civil Pública genérica, que estudamos até aqui (Lei nº 7.347, de 1985).

EXERCÍCIOS

- 1) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública não é instrumento idôneo para se obter, em qualquer hipótese, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.
- 2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade.
- 3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública não se constitui instrumento adequado para impugnação de lei inconstitucional.
- 4) A ação civil pública, remédio constitucional de índole individual, foi expressamente prevista pela atual Constituição, no rol dos direitos e garantias fundamentais, como meio de defesa contra qualquer ilegalidade praticada pelo Poder Público, ressalvados os casos protegidos por mandado de segurança, habeas corpus e habeas data.
- 5) A ação civil pública tem amparo constitucional, figurando como uma das funções institucionais do Ministério Público. É o instrumento idôneo para que este órgão suscite a inconstitucionalidade de uma lei instituidora de tributo.
- 6) A ação civil pública é o instrumento adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo os interesses difusos da sociedade.
- 7) A ação civil pública, assim como a ação popular, constitui ação coletiva e somente pode ser proposta pelo cidadão.
- 8) É possível a concomitância de ação popular e ação civil pública com o mesmo objeto, pois a propositura de ação civil pública não exclui a ação popular.
- 9) A propositura da ação civil pública afasta a ação popular como meio de repressão ao mesmo dano.
- 10) A ação civil pública não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.
- 11) Podem propor ação civil pública o Ministério Público, as pessoas jurídicas estatais e quaisquer associações legalmente constituídas há pelo menos um ano.
- 12) Quando a ação civil pública não é ajuizada pelo Ministério Público, ainda assim tem aquele órgão atuação no respectivo feito, como parte autônoma, zelando pela regularidade do processo e pela correta aplicação da lei.
- 13) Em sede de ação civil pública, se houver desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa.
- 14) A lei faculta a qualquer pessoa e aos servidores públicos o direito de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil pública, indicando-lhe os elementos de convicção.
- 15) Os Juízes e Tribunais que, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, deverão remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.
- 16) Ajuizada a ação civil pública pelo Ministério Público, este órgão dela não poderá desistir, exceto se as provas coligidas no curso do processo justificarem tal medida.
- 17) O inquérito civil é procedimento de natureza instrumental, que se realiza no âmbito do Poder Judiciário.

- 18) A instauração do inquérito civil constitui pressuposto para o ajuizamento da ação civil pública.
- 19) A existência de inquérito civil não concluso no âmbito do Ministério Público obsta o ajuizamento da ação civil pública pelos demais titulares ativos da ação.
- 20) Estabelece a Carta da República que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. São características do inquérito civil: procedimento judicial, pré-processual e facultativo.
- 21) A legitimidade ativa é um dos aspectos que diferencia a ação popular da ação civil pública: enquanto na ação popular a legitimação é outorgada a qualquer indivíduo, na ação civil pública pertence ao Ministério Público, entidades estatais e associações que atuam na defesa dos interesses por ela tutelados.
- 22) A natureza da sentença constitui traço diferenciador entre a ação popular e a ação civil pública. Enquanto na ação popular a sentença é desconstitutiva-condenatória, na ação civil pública é preponderantemente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer.
- 23) A ação civil pública constitui instrumento idôneo para a realização do controle de constitucionalidade das leis, tanto no âmbito do controle difuso quanto no controle direto.
- 24) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ação civil pública não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade.
- 25) A ação civil pública pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade, desde que no âmbito do controle difuso ou incidental, em que a decisão prolatada pelo juiz não é dotada de eficácia erga omnes, mas sim limitada às partes do processo.
- 26) O ajuizamento da ação civil pública não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto.
- 27) A ação civil pública deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano.
- 28) Se a União figurar como parte interessada, a ação civil pública será processada perante o Juiz de Direito Estadual, com eventuais recursos para o Tribunal de Justiça local.
- 29) Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.
- 30) A competência para processamento e julgamento da ação civil pública é de natureza funcional, e portanto absoluta e improrrogável. Por essa razão, não se admite a reunião de ações propostas em Estados diferentes, mesmo que sejam conexas, para julgamento simultâneo.
- 31) O processo da ação civil pública é o sumário, previsto em legislação específica.
- 32) A ação civil pública admite a concessão de medida liminar, com o fim de sustar a atividade danosa do réu, desde que pedida na inicial e que satisfeitos seus pressupostos.
- 33) A liminar concedida em sede de ação civil pública poderá ser cassada pelo Tribunal competente para conhecer do respectivo recurso, desde que haja pedido nesse sentido formulado pela pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
- 34) Na ação civil pública, o réu tem responsabilidade objetiva perante danos causados ao meio ambiente. O poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente.
- 35) A sentença na ação civil pública poderá condenar o réu ao pagamento em dinheiro ou à obrigação de fazer ou não fazer.
- 36) A sentença proferida em ação civil pública poderá ter seus efeitos suspensos pelo Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso até o seu trânsito em julgado.
- 37) No caso de improcedência da ação civil pública intentada pelo Ministério Público, não cabe a condenação em ônus de sucumbência.
- 38) A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

39) A eficácia erga omnes da sentença proferida em sede de ação civil pública restringe-se aos limites da competência territorial do juiz que a proferiu.

40) Se, em sede de ação civil pública, a sentença é proferida pelo órgão de primeira instância do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, a eficácia geral da decisão não tem o condão de alcançar interesses de indivíduos de outro Estado da Federação.

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5E 6C 7E 8C 9E 10C 11E 12C 13C 14E 15C 16E 17E 18E 19E 20E 21E 23C 24E 25C 26C
27C 28C 29E 30C 31C 32E 33C 34E 35C 36C 37C 38C 39C 40C

AULA 51: HABEAS DATA

Determina a Carta Política (art. 5º, LXXII):

“Conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

O habeas data é o meio constitucional destinado a assegurar o conhecimento de registros do impetrante, constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para fins de retificação, contestação ou explicação desses registros.

1 – NATUREZA JURÍDICA

O habeas data é ação constitucional, de natureza civil, submetida a rito sumário.

A ação está regulada por meio da Lei nº 9.507, de 1997.

2 – OBJETO

O habeas data pode ser impetrado:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação desses dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- c) para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mais justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Essa terceira finalidade do habeas data, embora não prevista expressamente no texto da Constituição, foi acrescentada pela Lei nº 9.507/97, para aquelas hipóteses em que haja um registro verdadeiro sobre o impetrante, mas que este pretenda justificar-se, ou mesmo complementar tal informação, para tornar possível uma correta interpretação do seu conteúdo.

O habeas data tem natureza de ação personalíssima, pois por meio dela o impetrante só pode pleitear informações relativas a si próprio, nunca de terceiros.

3 – LEGITIMAÇÃO

O habeas data poderá ser ajuizado por qualquer pessoa física, brasileira ou estrangeira, bem assim por pessoa jurídica.

A doutrina e a jurisprudência têm admitido a impetração por cônjuge ou herdeiros, para retificação de registros relativos ao falecido, pois é possível que registros ilegítimos afrontem sua memória.

Na sujeição passiva, podem figurar entidades governamentais, da Administração Pública Direta e Indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas detentoras de banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositárias das informações.

Como se vê, é irrelevante a natureza jurídica da entidade, que poderá ser pública ou privada; o que interessa é que essa entidade detenha banco de dados de caráter público; os bancos de dados particulares poderão ser acessados pelos interessados, desde que sejam caracterizados como de “caráter público”.

Assim, o habeas data pode ser utilizado para garantir o acesso a registros da pessoa do impetrante constantes de bancos de dados de órgãos governamentais (Agência Brasileira de Informação (ABIN), por exemplo) ou de entidades privadas (Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), por exemplo).

4 – CABIMENTO

O habeas data somente pode ser impetrado diante da negativa da autoridade administrativa no fornecimento (ou na retificação ou contestação) das informações solicitadas.

Enfim, para que o interessado tenha interesse de agir, para o fim de impetrar o habeas data, é imprescindível que tenha havido o requerimento administrativo e a negativa pela autoridade administrativa no seu atendimento.

É mansa a jurisprudência nesse sentido:

“Não cabe o habeas data se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa” (STJ, Súmula 2).

“A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data” (STF, HD 22/DF).

A Lei do habeas data adotou expressamente esse entendimento, ao determinar que a petição inicial seja instruída com prova:

- a) da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão;
- b) da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 (quinze) dias, sem decisão;
- c) da recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo; ou do decurso de mais de 15 (quinze) dias, sem decisão.

No habeas data, não há necessidade de que o impetrante revele as causas do requerimento ou demonstre que as informações são imprescindíveis à defesa de direito seu, pois o direito de acesso lhe é garantido independentemente de motivação.

5 – PRAZO PARA IMPETRAÇÃO

Considerando a natureza dinâmica dos bancos de dados, com a possibilidade de inclusão de novos registros a cada dia, a impetração do habeas data não está sujeita a prazo prescricional ou decadencial.

A impetração pode ser feita a qualquer momento.

6 – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A competência para o julgamento do habeas data foi delineada pela própria Constituição Federal, tendo por critério a pessoa que pratica o ato (*rationae personae*), da seguinte forma:

- a) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: compete ao STF processar e julgar, originariamente, o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal; compete também ao STF o julgamento, em recurso ordinário, do habeas data decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: compete ao STJ julgar o habeas data contra atos de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou do próprio Tribunal;
- c) TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: compete ao TSE julgar, em recurso ordinário, o habeas data denegado pelos Tribunais Regionais Eleitorais;
- d) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: compete aos TRF julgar, originariamente, o habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal;
- e) JUIZES FEDERAIS: compete aos juizes federais processar e julgar o habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais, acima descritos.

No âmbito da Justiça Estadual, caberá aos próprios Estados-membros o estabelecimento da competência para o julgamento do habeas data pelos seus Tribunais e Juizes, haja vista a competência que lhes foi outorgada pelo art. 125 da Lei Maior.

7 – PROCEDIMENTO

O procedimento tem início com a apresentação da petição inicial em juízo, que, além do atendimento das condições do Código de Processo Civil (CPC), deverá ser instruída com a prova da recusa da autoridade administrativa (ou do seu não atendimento no prazo legal) em permitir o acesso aos dados do interessado.

Apresentada a petição inicial, poderá o magistrado decidir pelo seu indeferimento, seja por não ser caso de habeas data, seja por faltar-lhe algum dos requisitos previstos na lei (não comprovação do prévio pedido administrativo, por exemplo).

Contra a decisão do juiz, que indefere a petição inicial, cabe o recurso de apelação.

Se a petição não for indeferida, o juiz determinará a notificação do coator, para que preste as informações que julgar necessárias, no prazo de dez dias corridos.

Transcorrido o prazo para informações, prestadas essas ou não, os autos serão encaminhados ao Ministério Público, para que se manifeste, como fiscal da lei, no prazo de cinco dias.

Após a oitiva do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para a sentença, que deverá ocorrer no prazo de cinco dias. Caso seja julgado precedente o pedido, marcará o juiz dia e hora para que as informações sejam prestadas ao impetrante ou, no caso de habeas data para retificação de dados ou anotações, para que seja apresentada em juízo a prova dos novos assentamentos.

Da sentença que conceder ou negar o habeas data cabe o recurso voluntário de apelação, sem efeito suspensivo.

O Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso (apelação) poderá determinar a suspensão da execução da sentença.

Não houve, no procedimento do habeas data, previsão do duplo grau de jurisdição obrigatório (reexame obrigatório pela instância superior) das decisões concessivas da ação.

Da leitura da Lei 9.507/97, nota-se a grande preocupação do legislador com a celeridade e rapidez do procedimento do habeas data, sendo estabelecidos prazos exíguos para a prática dos atos judiciais.

8 – LIMINAR

A Lei não previu expressamente a figura da medida liminar no habeas data, certamente devido à sua presumida desnecessidade, uma vez que o processo da ação é por demais célere, de trâmite rápido.

Entretanto, considerando que o Supremo Tribunal Federal, há muito, vem decidindo que a concessão de liminar é medida inerente à função jurisdicional, entendemos que nada impede, caso o magistrado entenda necessário, seja concedida liminar para evitar dano irreparável ao impetrante.

9 – GRATUIDADE

Tanto o procedimento administrativo quanto a ação judicial de habeas data são gratuitos.

Estão vedadas pela Lei quaisquer cobranças de custas ou taxas judiciais dos litigantes, bem assim de quaisquer valores para o atendimento do requerimento administrativo.

10 – NUS DE SUCUMBÊNCIA

Não há ônus de sucumbência (honorários advocatícios) em habeas data.

EXERCÍCIOS.

1) Considere a seguinte situação hipotética: João foi o empregador doméstico de Tício durante cinco anos, ininterruptamente. Ao final desse período, Tício, devido a sérias dificuldades financeiras por que passava, subtraiu de João objeto de inestimável valor artístico, que se encontrava num dos cofres da residência, fugindo da cidade em seguida. Sem provas da conduta de Tício, João tentou obter informações sobre Tício perante os órgãos de polícia da localidade, no intuito de localizá-lo, não obtendo êxito. Diante do indeferimento do pedido de informações pela autoridade policial, João impetrou mandado de segurança em face dessa negativa, mas a ação não foi conhecida, entendendo o magistrado que não restava caracterizada a ofensa a direito líquido e certo do impetrante. Nessa situação, agiu corretamente o magistrado, pois o remédio constitucional à disposição de João é o habeas data.

2) O habeas data é cabível não só para assegurar o conhecimento de informações do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, como também para o fim de retificá-las.

3) O habeas data é ação constitucional, de natureza penal, submetida a rito sumário.

4) O habeas data, direito fundamental do indivíduo na Constituição Federal de 1988, pode ser impetrado por pessoa física ou pessoa jurídica. Entretanto, em face do disposto no art. 5º da Carta Política, que assegura os direitos e garantias individuais apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, o habeas data não poderá ser impetrado por estrangeiro não residente no Brasil.

5) O habeas data pode ser impetrado pelos sucessores, para retificação de registros relativos ao falecido.

6) Bancos de dados particulares, que sejam caracterizados como de caráter público, podem ser acessados mediante a impetração de habeas data.

- 7) Não cabe habeas data se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.
- 8) A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data.
- 9) O prazo para a impetração do habeas data é de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir do conhecimento pelo interessado de que constam em certo banco de dados informações sobre sua pessoa. Esse prazo é de decadência.
- 10) Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o habeas data contra atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Tribunal.
- 11) É vedada a cobrança de custas ou taxas judiciais do impetrante de habeas data, bem assim de quaisquer valores por parte do órgão administrativo possuidor dos registros, em razão do fornecimento das informações ao interessado.

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5C 6C 7C 8C 9E 10E 11C

AULA 52: PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição significa a obrigatoriedade de uma causa ser reapreciada por um órgão judiciário (ou administrativo, se for o caso de processo administrativo) de instância superior, quando seja interposto recurso da decisão do órgão de instância inferior.

A importância maior do princípio é a obrigatoriedade de submissão de uma matéria decidida em primeiro grau ao órgão judicial (ou administrativo) de segundo grau, para que este reexamine a matéria.

É uma importante garantia para o indivíduo como parte num dado processo, pois assegura que a sua lide será apreciada, no mínimo, por dois Juízos diferentes, por duas instâncias distintas. No Brasil, considerando que, em regra, o primeiro grau da Justiça é composto de órgãos singulares e as demais instâncias de tribunais colegiados, o duplo grau de jurisdição significa também que a questão posta em juízo será apreciada, pelo menos, por um órgão colegiado.

O duplo grau de jurisdição, quando obrigatório, afasta a possibilidade da existência de processos com instância única, com as chamadas decisões irrecorríveis. Nos ordenamentos constitucionais que adotam o duplo grau de jurisdição como obrigatório, não pode o legislador ordinário criar processos, de índole administrativa ou judicial, com uma única instância, sem direito à revisão por uma instância superior.

Entre nós, muito se discute se o princípio do duplo grau de jurisdição tem ou não status constitucional, se consubstancia uma garantia constitucional inafastável do indivíduo ou se é apenas uma mera opção do legislador ordinário, conceder ou não o direito ao duplo grau de jurisdição nos diversos processos existentes, tanto na órbita administrativa quanto no meio judicial.

Após muita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional na vigente Carta.

Na esteira dessa interpretação do Pretório Excelso, conclui-se que não há, no nosso sistema jurídico, vedação constitucional à existência de processos judiciais ou administrativos com instância única, em que o interessado não tenha a quem recorrer, para o fim de ver reexaminada a decisão que foi contrária a seus interesses.

A fundamentação do STF para essa decisão repousa no art. 102, I, "b", da Constituição Federal, que outorga competência originária para aquele Tribunal processar e julgar as mais altas autoridades da República (Presidente da República, Deputados, Senadores etc.), sem possibilidade de recurso por parte dos réus contra a decisão condenatória. Assim, ponderou o STF, se a própria Constituição admite a existência de instância única, sem possibilidade de revisão, é por que ela não consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional do indivíduo.

Cabe esclarecer, todavia, que essa orientação do STF não afasta a possibilidade de previsão, em texto de lei, do duplo grau de jurisdição obrigatório para processos judiciais ou administrativos específicos. A decisão do STF afirma, apenas, que o duplo grau de jurisdição não é uma determinação constitucional, não necessita estar presente em todo contencioso, seja ele administrativo ou judicial.

Assim, nada impede que o legislador ordinário, por opção sua (e não por imperativo constitucional), estabeleça o duplo grau de jurisdição em lides administrativas ou judiciais. Só que, não sendo uma garantia constitucional, nada impede que venha o duplo grau de jurisdição ser revogado pelo legislador ordinário a qualquer momento, sem nenhuma ofensa à Constituição.

É o caso, por exemplo, do mandado de segurança e da ação popular, remédios constitucionais em que, por determinação de lei, a sentença neles proferida está sujeita, em determinadas hipóteses, ao duplo grau de jurisdição obrigatório (reexame obrigatório por uma instância superior).

Outra decorrência desse entendimento do Supremo Tribunal Federal (o princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional) é a possibilidade de exigência de garantia de instância para a interposição de recurso voluntário em processo administrativo. Se o indivíduo não tem direito subjetivo ao duplo grau de jurisdição, nada impede que o Poder Público condicione a interposição de recurso voluntário num dado processo administrativo ao oferecimento de garantia (depósito prévio em juízo do valor discutido no processo, por exemplo).

Em alguns processos administrativos específicos, a Fazenda Pública já vem exigindo a prestação de garantia para que o interessado tenha o seu direito de interposição do recurso voluntário assegurado. A título de exemplo, cito o processo administrativo fiscal no âmbito do Ministério da Fazenda, em que,

para que o recurso voluntário do contribuinte tenha seguimento é condição indispensável o depósito prévio em garantia de valor equivalente a 30% (trinta por cento) do valor discutido no processo.

EXERCÍCIOS.

- 1) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do duplo grau de jurisdição não consubstancia uma garantia constitucional na atual Carta Política.
- 2) Suponha que no âmbito da Secretaria da Receita Federal o processo administrativo de consulta à legislação tributária seja decidido em instância única, não tendo o contribuinte direito a nenhuma via recursal no caso de decisão contrária a seus interesses. Essa regra, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional, por ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.
- 3) Segundo o Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a exigência de garantia para a interposição de recurso voluntário em processo administrativo, por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.
- 4) O princípio do duplo grau de jurisdição, garantia constitucional do indivíduo, veda, entre nós, a criação de processo administrativo com instância única.

GABARITO:

1C 2E 3E 4E

AULA 53: PROVAS ILÍCITAS

A partir de hoje, analisarei alguns dos incisos do art. 5º da Constituição Federal, que contemplam o catálogo dos direitos individuais e coletivos, dando ênfase à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente, não tratarei neste espaço de todos os extensos setenta e sete incisos arrolados no art. 5º, mas tão-somente daqueles que têm sido cobrados em concursos públicos, e que apresentam alguma dificuldade quanto ao seu entendimento.

Começarei tratando da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, consagrada no inciso LVI do art. 5º, nos seguintes termos:

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A respeito dessa garantia, considero relevantes os seguintes aspectos:

1º) a vedação constitucional alcança tanto o processo judicial quanto o processo administrativo;

Assim como no processo judicial não podem ser consideradas as provas ilícitas, também no processo administrativo, seja de que natureza for, não são admitidas provas ilícitas. Por exemplo: ainda que tome conhecimento de graves faltas cometidas por um servidor público, a Administração Pública não poderá, se a origem das informações for ilícita (levantadas a partir de uma interceptação telefônica clandestina, por exemplo), punir o servidor mediante processo administrativo disciplinar com fundamento nessas informações.

2º) a simples presença de prova ilícita nos autos não invalida o processo;

A existência de prova ilícita num dado processo significa, apenas, que o acusado não poderá ser punido com fundamento nessas provas. O processo não é nulo, de pronto, pela simples presença de provas ilícitas.

Em verdade, identificadas as provas ilícitas, faz-se apenas o que se chama de “desentranhamento”, isto é, são separadas as provas lícitas das provas ilícitas: estas serão retiradas dos autos, mas o processo poderá continuar com base nas provas lícitas.

3º) a prova ilícita contamina todas as demais provas levantadas a partir dela (teoria dos frutos da árvore envenenada);

O Supremo Tribunal Federal assentou, entre nós, a aplicação da chamada **teoria dos frutos da árvore envenenada** (fruits of the poisonous tree), segundo a qual todas as provas conseguidas a partir de outra prova ilícita são, igualmente, ilícitas.

Por exemplo: suponha que a Polícia Federal realize, sem autorização judicial (portanto ilicitamente), escuta telefônica durante uma certa investigação; se nessa escuta forem levantadas informações que possibilitem a prisão em flagrante de conhecido traficante, este flagrante será ilegal, o traficante não poderá ser incriminado por esse fato, em razão da prova decorrente (flagrante) estar contaminada pela prova original (escuta clandestina).

4º) eventuais irregularidades em peças que integram o inquérito policial não contaminam o processo;

O inquérito policial é mera peça informativa da denúncia ou da queixa, com vistas a subsidiar a atuação do Ministério Público. A condenação do réu deve estar fundamentada em provas discutidas em juízo, sendo absolutamente nula a sentença condenatória pautada em provas exclusivamente do inquérito policial. Em face disso – necessidade de que as provas sejam discutidas em juízo –, as irregularidades do inquérito policial não invalidam o processo criminal.

5º) é lícita a utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade (legítima defesa);

É o caso de “C” gravar a conversa entre “A” e “B”, com autorização de “A”, mas sem o conhecimento de “B”. Nessa hipótese, segundo o Supremo Tribunal Federal, a prova é lícita, desde que para ser utilizada por “A”, em legítima defesa em relação a “B” (“B” poderia, por exemplo, estar praticando o crime de extorsão contra “A”).

6º) é lícita a prova obtida mediante escuta telefônica que incrimina outra pessoa, e não o investigando cujo nome constava o telefone objeto da autorização;

Aqui a situação também é singela: o Poder Judiciário autoriza a interceptação telefônica do telefone em nome de "A", principal suspeito; durante a escuta, não se levanta nenhuma prova contra "A", mas são registradas provas contra um terceiro, contra "B", por exemplo; essas provas, segundo o Supremo Tribunal Federal, são lícitas;

7º) é lícita a prova obtida mediante gravação de diálogo transcorrido em local público;

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a garantia do inciso XII do art. 5º da Constituição visa a proteger a privacidade, a intimidade do indivíduo; se a conversa transcorre em local público, não incide a referida proibição do inciso XII do art. 5º da Constituição;

8º) é lícita a prova obtida por meio de gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro;

O Supremo Tribunal Federal afastou o argumento de afronta ao inciso XII do art. 5º da Constituição quando a gravação é realizada por um dos interlocutores; para o Tribunal, essa proibição constitucional refere-se à interceptação de conversa telefônica feita por terceiros, o que não ocorre na hipótese de a conversa ser gravada por um dos interlocutores (mediante o uso de secretária eletrônica, por exemplo).

EXERCÍCIOS.

- 1) Um servidor público não pode ser condenado na esfera penal com fundamento em prova ilícita constante do processo criminal. Entretanto, em face da independência entre as instâncias administrativa e penal, nada impede seja ele punido administrativamente, com base nessa mesma prova.
- 2) A presença de prova ilícita nos autos implica, de pronto, nulidade do processo, pois a prova ilícita contamina, de imediato, todas as peças constantes do processo.
- 3) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a teoria dos frutos da árvore envenenada não é aplicável entre nós, por implicar restrição ao direito da ampla defesa.
- 4) No sistema criminal brasileiro, o inquérito policial é peça meramente administrativa, de cunho informativo, para a institucional atuação do Ministério Público. Por essa razão, o inquérito policial sequer é fase obrigatória do processo criminal. Em face desse tratamento, considera o Supremo Tribunal Federal que eventuais irregularidades em peças que integram o inquérito policial não contaminam o processo.
- 5) É lícita, em qualquer hipótese, a utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.
- 6) É lícita a prova obtida mediante gravação de diálogo transcorrido em local público, ainda que efetivada por terceiro que não seja parte da conversa.
- 7) É lícita a prova obtida por meio de gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro, pois a proibição constitucional refere-se a terceiros.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5E 6C 7C

AULA 54: PRINCÍPIO DA IGUALDADE INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Continuaremos hoje com a análise de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal.

1) PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A respeito do princípio da igualdade (ou da isonomia), poderíamos escrever um volumoso livro, tão relevante é o seu papel num Estado Democrático de Direito. Afinal, a igualdade é a base fundamental da democracia.

Porém, para o fim de concurso público, tecerei apenas breves e objetivos comentários sobre os aspectos que mais têm sido exigidos pelas bancas examinadoras:

1º) obedecer ao princípio da igualdade é tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais;

Significa dizer que se trata de uma igualdade jurídica, relativa: os conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório.

A aferição da igualdade, também, deve levar em conta tão-somente os aspectos considerados como relevantes pelo legislador. Se "A" é casado e "B" é solteiro, há uma desigualdade entre eles, no tocante à lei civil, e essa desigualdade legitima um tratamento diferenciado pelo Código Civil; porém, em face de uma lei tributária, instituidora de um imposto sobre a propriedade de veículo automotor (IPVA), por exemplo, "A" e "B" encontram-se em situação de igualdade, pois o aspecto "casamento" é irrelevante para o fim tributário.

2º) o princípio da igualdade vincula tanto o legislador como os aplicadores da lei;

No Brasil, o princípio da igualdade vincula não só os aplicadores da lei (igualdade perante a lei) como também o legislador (igualdade na lei).

Significa dizer que a vinculação do princípio da igualdade deve ser vista sobre duas vertentes distintas:

(a) obrigatoriedade de o legislador, no momento da elaboração da lei, conferir tratamento isonômico àqueles que se encontram em situação equivalente;

(b) obrigatoriedade de o aplicador da lei, ao aplicá-la aos casos concretos, não conferir tratamento discriminatório aos seus destinatários.

Enfim, o princípio da igualdade consubstancia uma exigência não só dirigida aos aplicadores da lei, diante dos casos concretos (igualdade perante a lei), mas também uma exigência dirigida àqueles que criam normas jurídicas gerais (igualdade na lei).

3º) o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação;

Comentamos antes que se satisfaz ao princípio da igualdade quando é conferido tratamento igual aos indivíduos que se encontram em situação de igualdade e tratamento desigual aos indivíduos que se encontram em situação desigual. Falamos, também, que o princípio da igualdade pressupõe o julgamento de certos aspectos considerados pela lei como relevantes, em face de dado instituto; enfim, que o princípio da igualdade não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos de indivíduos.

Pois bem, a partir dessas considerações, temos que o princípio da igualdade não veda o estabelecimento de tratamento discriminatório entre indivíduos quando há razoabilidade para a discriminação.

Diante de um concurso público, por exemplo, que tem por fundamento justamente o princípio da igualdade, são admitidas diversas restrições (ou favorecimentos) a grupos de indivíduos, a saber:

a) reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência física;

b) estabelecimento de idade mínima e máxima para o ingresso no cargo, a depender das características específicas das atribuições do cargo;

O STF tem considerado legítimo, por exemplo, o estabelecimento de idade máxima para os cargos de agente de polícia, agente penitenciário e delegado de polícia.

Por outro lado, não se considerou legítima, em face da ausência de razoabilidade, a fixação de idade mínima para o cargo de fiscal de tributos estaduais, professor universitário etc.

c) estabelecimento de altura mínima para o ingresso no cargo, a depender das características específicas das atribuições do cargo.

O STF considera legítima a fixação de altura mínima para os cargos de agente de polícia, agente penitenciário etc.

Recentemente, porém, considerou o STF inconstitucional a exigência de altura mínima para o ingresso no cargo de escrivão de polícia (acertadamente, por óbvio; não sei de onde os gênios elaboradores do edital tiraram razoabilidade para essa discriminação!).

d) discriminação entre homens e mulheres em concurso público;

É legítimo, também, o tratamento discriminatório entre homens e mulheres diante de concurso público, desde que tal discriminação seja justificável, em face das atribuições do cargo. Não há ofensa ao princípio da igualdade, por exemplo, na abertura de um concurso público exclusivamente para mulheres, para o preenchimento do cargo de agente penitenciário numa prisão feminina.

4º) não há que se falar em ofensa ao princípio da igualdade se a discriminação é admitida pela própria Constituição;

Essa questão, por demais óbvia, tem sido reiteradamente explorada em concurso público. Ora, se é a própria Constituição que estatui o tratamento discriminatório, não há que se falar em afronta ao princípio da igualdade; se a próprio legislador constituinte criou o tratamento diferenciado, é porque ele entendeu presente a razoabilidade para a discriminação.

Assim, se a própria Constituição estabelece que a lei deverá proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante a concessão de incentivos específicos (CF, art. 7º, XX), é porque não se vislumbra aí uma ofensa ao princípio da igualdade.

O mesmo pode ser dito acerca de outras situações constitucionalmente previstas, como, por exemplo, as seguintes: previsão de aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição (CF, art. 40); reserva de certos cargos públicos para brasileiros natos (CF, art. 12, § 3º); previsão de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, mediante a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (CF, art. 179) etc.

2) INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Dispõe o art. 5º, XI, da Constituição Federal:

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

Esfera de sua privacidade, a “casa” do indivíduo foi protegida pela Carta Política em face da intromissão de terceiros: ressalvadas as estritas hipóteses constitucionais, só com o consentimento do morador pode-se adentrar na “casa” do indivíduo.

Sobre o assunto, vale destacar os seguintes pontos:

1º) em caso de flagrante delito (prática atual de um crime), desastre (um desabamento, um incêndio etc.) ou para prestar socorro (diante de uma enchente, por exemplo) há permissão constitucional para o ingresso em qualquer hora, durante o dia ou durante a noite, independentemente de qualquer autorização judicial;

2º) por ordem judicial só é permitido o ingresso durante o dia;

Não há consenso na doutrina sobre o que seja “dia” para o texto constitucional. Alguns defendem seja obedecida a regra do CPC, que considera dia o período entre 6 e 20 h; outros autores (entre eles, Alexandre de Moraes) entendem que o importante é ainda estar claro, sendo irrelevante a hora (se durante o horário de verão, na região nordeste, permanece “dia” até as 21 h, esse limite é que deverá ser obedecido; se em outra região, às 18 h já está escuro, este o limite a ser obedecido).

3º) a expressão “casa”, utilizada no texto constitucional, tem alcance amplo, abrangendo não só a residência fixa do indivíduo, mas também outras dependências não franqueadas ao público, ainda que de natureza não residencial (casa de praia, escritório profissional, consultório médico etc.);

4º) após a Constituição Federal de 1988, as buscas e apreensões administrativas, nesses ambientes, tornaram-se inconstitucionais.

3) INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

Esse princípio está consagrado no art. 5º, XXXV, nos seguintes termos:

“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Esse princípio garante ao Poder Judiciário sua competência para dizer o Direito no nosso País, com força definitiva. Qualquer lide pode ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário. O legislador ordinário não pode, sem razoabilidade, restringir o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário.

Em consonância com esse princípio, temos que:

1º) no Brasil, só o Poder Judiciário tem competência para dizer o Direito com força de coisa julgada material (jurisdição única); significa dizer que mesmo as decisões administrativas definitivas, irrecorríveis, podem ser objeto de reexame pelo Poder Judiciário;

2º) a via administrativa, em regra, funciona como mera faculdade ao indivíduo; nada impede que o indivíduo opte por buscar a tutela jurisdicional sem antes passar pelo processo administrativo;

Há, entretanto, duas situações em que se exige, para a proteção judicial, o esgotamento da via administrativa:

(a) no habeas data, em que é obrigatório o esgotamento da via administrativa antes do ajuizamento da ação;

(b) nas lides desportivas, em que se exige a passagem pela Justiça Desportiva antes da Justiça Comum, nos termos do art. 217, § 1º, da Constituição Federal;

3º) esse princípio veda a cobrança de taxas e emolumentos judiciais em valores exorbitantes, não razoáveis, que restrinjam em demasia o acesso ao Poder Judiciário;

4º) embora o acesso ao Poder Judiciário seja uma garantia inafastável do indivíduo, a atual Constituição não garantiu ao indivíduo o duplo grau de jurisdição (obrigatoriedade de reexame das decisões judiciais).

4) INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Estabelece a Constituição que a lei regulará a individualização da pena, podendo adotar como punição ao indivíduo as seguintes penas: privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos ou de morte, no caso de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVI).

A respeito, destaco os seguintes aspectos:

1º) a enumeração constitucional das penas não é exaustiva, taxativa; a lei pode adotar outras modalidades de pena, desde que não incida na vedação expressa do art. 5º, XLII, da Constituição Federal;

2º) segundo o STF, é constitucional a previsão legal de que nos crimes hediondos a pena será integralmente cumprida em regime fechado (sem possibilidade de progressão do regime de cumprimento);

3º) segundo o STF, é possível a progressão do regime de cumprimento da pena mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

EXERCÍCIOS.

1) (CESPE/AGENTE/PF) Considere a seguinte situação hipotética: a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprovou lei, que veio a ser sancionada pelo governador, criando o título de BENFEITOR DO ESTADO, a ser outorgado por ato do chefe do Poder Executivo e que conferiria ao respectivo portador certas vantagens e privilégios, como alíquotas tributárias reduzidas e pontos adicionais em concursos públicos e licitações. Na situação descrita, a despeito da aparente ofensa ao princípio da igualdade, este, na verdade, não foi ferido, porquanto a Constituição Federal consagra a igualdade **perante à lei**, que é dirigida aos aplicadores da lei, mas não a igualdade **na lei**, direcionada ao legislador.

- 2) (ESAF/AFCE/TCU) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a determinação contida na lei de crimes hediondos no sentido de que os autores de determinados crimes cumpram a condenação em regime fechado atenta contra o princípio da individualização da pena.
- 3) A entidade da Administração Pública que abrir um concurso para agente penitenciário do sexo feminino, vedando a participação de indivíduos do sexo masculino, para preencher cargo vago em uma penitenciária de mulheres, pratica ato inconstitucional, por afrontar ao princípio da igualdade.
- 4) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a fixação de idade máxima para o ingresso em cargo público.
- 5) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a inviolabilidade assegurada pela Constituição garante, apenas, a privacidade do indivíduo na sua residência habitual.
- 6) Se "A" é foragido da polícia e vem a ser encontrado por "B", agente da polícia federal, então "B" poderá adentrar na casa de "A", para efetuar a sua prisão, mesmo durante a noite, desde que esteja munido de ordem do Juiz competente.
- 7) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até mesmo o escritório profissional do indivíduo está abrangido pela garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.
- 8) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a exigência de que, para o ajuizamento do habeas data, o indivíduo primeiro percorra a via administrativa.
- 9) O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva.
- 10) O princípio da inafastabilidade de jurisdição veda a cobrança de taxas e emolumentos judiciais.
- 11) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9C 10E 11C

AULA 55: JUIZ NATURAL TRIBUNAL DO JÚRI DEVIDO PROCESSO LEGAL

Continuaremos hoje com a análise de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal.

1) PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A Constituição Federal consagra o princípio do juiz natural em dois diferentes incisos do art. 5º (XXXVII e LIII), nos seguintes termos:

“não haverá juízo ou tribunal de exceção”; “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Esse postulado garante ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo. obsta que, por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional, bem assim seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores.

Significa dizer que todo indivíduo tem o direito de ser julgado pelo juiz natural, isto é, por aquele juiz previsto constitucionalmente, com competência e prerrogativas pré-definidas na própria Constituição. Por exemplo: seria flagrantemente inconstitucional, por ofensa do princípio do juiz natural, a decisão do legislador de, nos dias atuais, diante da ameaça do terrorismo, implantar no Brasil um tribunal de exceção, especial, para o julgamento de atos terroristas que porventura venham a ser praticados no território nacional.

Esse princípio, segundo o Supremo Tribunal Federal, alcança não só os juizes do Poder Judiciário, mas também os demais julgadores previstos constitucionalmente (Senado Federal, por exemplo, que julga crimes de responsabilidade), no sentido de que suas competências não podem ser usurpadas por outros órgãos.

Ademais, conforme nos ensina o Prof. Alexandre de Moraes, o princípio do juiz natural “deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não sejam afetadas a independência e imparcialidade do órgão julgador”.

Assim, podemos concluir que afronta esse princípio não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também o descumprimento das regras de competência, relativas aos tribunais e juízos constitucionalmente previstos.

2) TRIBUNAL DO JÚRI

A Constituição Federal reconhece expressamente a instituição do júri popular, nos seguintes termos (art. 5º, XXXVIII):

“é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

A instituição do júri assenta-se no princípio democrático do cidadão, pois confere a este o direito de ser julgado por seus semelhantes, escolhidos aleatoriamente entre os cidadãos da localidade. No Brasil, o tribunal do júri é presidido por um juiz togado e composto de 21 (vinte e um) jurados, sorteados dentre cidadãos eleitores do município.

São garantias constitucionais do tribunal do júri:

a) a plenitude de defesa

A ampla defesa e o contraditório são garantias constitucionais, prescritas no art. 5º, LV, da Carta Política. Há, ainda, duas outras vertentes que asseguram a plenitude de defesa ao acusado perante o tribunal do júri: a garantia de assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV) e a garantia de que o réu será julgado por representantes da comunidade (e não por representantes de uma só classe social).

b) o sigilo das votações

O sigilo é elemento assegurador da imparcialidade, da independência, da liberdade de convicção e de opinião dos jurados. Representa, assim, uma segurança aos jurados, que não poderão ser coagidos pela lei a manifestar publicamente sua opinião e convicção a respeito da condenação do réu, em qualquer fase do julgamento.

c) a soberania dos veredictos

A decisão do tribunal do júri é soberana, não podendo ser substituída por outra proferida pelos tribunais do Poder Judiciário.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que “a soberania do veredicto do júri não exclui a recorribilidade de suas decisões” (STF, HC 71.617-2).

Significa dizer que a decisão do tribunal do júri é passível de recurso para os tribunais do Poder Judiciário, especialmente quando tal decisão for manifestamente contrária à prova constante dos autos. Ocorrendo esta situação, poderá ser interposto recurso de apelação contra a decisão proferida pelo júri popular.

O Supremo Tribunal Federal deixou assente que essa possibilidade de recurso não afronta a soberania do veredicto, assegurada constitucionalmente. E isso por uma razão muito simples: o tribunal não poderá reformar, substituir a decisão proferida pelo júri popular; o que o tribunal fará, se for o caso, será declarar a nulidade do julgamento realizado pelo júri popular, para que seja então proferida nova decisão, por novo tribunal do júri; declarada a nulidade da decisão, retornam-se os autos ao tribunal do júri para novo julgamento.

Em suma: a garantia da soberania dos veredictos não exclui a recorribilidade de suas decisões; porém, as decisões do júri não poderão ser alteradas, quanto ao mérito, pelo tribunal do Poder Judiciário; podem apenas ser anuladas quando se mostrarem contrárias à prova dos autos, assegurando-se a devolução dos autos ao tribunal do júri para que profira novo pronunciamento.

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

A Constituição Federal outorgou ao tribunal do júri a competência para o julgamento dos chamados crimes dolosos contra a vida.

Não há unanimidade na doutrina a respeito da possibilidade de o legislador ordinário ampliar essa competência, atribuindo ao júri popular outras competências além do julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Porém, a nosso ver, assiste razão à doutrina majoritária, que se tem posicionado no sentido da impossibilidade de a lei criar outras competências para o tribunal do júri (embora, admita-se, haja opiniões respeitáveis em sentido contrário, como a do Prof. Alexandre de Moraes, por exemplo).

Porém, essa competência do tribunal do júri popular para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida não é absoluta. Vale dizer, nem todo o crime doloso contra a vida será julgado pelo tribunal do júri, como já deixou assente o Supremo Tribunal Federal.

Assim, se aquelas autoridades que detêm o chamado “foro privilegiado” (que são julgadas originariamente por certos tribunais do Poder Judiciário) praticarem um crime doloso contra a vida, não se submeterão ao tribunal do júri.

Se os membros do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal etc. praticarem um crime doloso contra a vida, **não** serão eles submetidos a julgamento perante o tribunal do júri, pois a Constituição Federal lhes assegura o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “b”). Se o prefeito de um município comete um crime doloso contra a vida, não será ele submetido a julgamento perante o tribunal do júri – e sim perante o Tribunal de Justiça, por força do art. 29, X, da Constituição Federal.

Ainda a respeito do assunto, entende o Supremo Tribunal Federal que o envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles foro especial por prerrogativa de função, não afasta os demais (que não possuírem foro privilegiado) do julgamento perante o tribunal do júri. Significa dizer que se um dos co-réus possui foro especial por prerrogativa de função, somente este será julgado perante o competente foro; os demais co-réus, não possuidores de foro privilegiado, serão julgados normalmente pelo tribunal do júri.

Exemplo: se um prefeito municipal comete, em co-autoria com um cidadão comum, um crime doloso contra a vida, este será julgado perante o tribunal do júri, enquanto aquele (o prefeito) será julgado perante o Tribunal de Justiça, por força do art. 29, X, da Constituição Federal.

Observem que essa orientação do Supremo Tribunal Federal possibilita que, num mesmo crime doloso contra a vida, praticado por co-autores, um destes venha a ser condenado severamente pelo tribunal do júri (o que não possui privilégio de foro) e o outro venha a ser absolvido no foro especial por prerrogativa de função.

3) DEVIDO PROCESSO LEGAL

Reza a Carta Política que (art. 5º, LIV):

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

O princípio do devido processo legal (*due process of law*) consubstancia uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo, garantia essa que deve ser combinada com o princípio da inafastabilidade de jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e com a plenitude do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Esses três princípios, conjuntamente, afirmam as garantias processuais do indivíduo no nosso Estado Democrático de Direito.

Em sua feição principal, o princípio do devido processo legal deve ser entendido como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, num dado processo restritivo de Direito. Significa dizer que deve ser assegurada ao indivíduo uma paridade total de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos daquele.

Em breves palavras, podemos afirmar que o princípio do devido processo legal assegura: o juiz natural; a só presença de provas lícitas no processo; o contraditório e a ampla defesa; a publicidade do processo; a motivação das decisões.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o postulado do *due process of law* em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade, no sentido de que o Estado, no desempenho de sua atividade de desapropriação ou expropriação da propriedade particular, não pode agir arbitrariamente, desrespeitando os princípios constitucionalmente assegurados.

Finalmente, cabe lembrar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a sede material do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade está nesse inciso, que estabelece a garantia do devido processo legal (esse assunto foi tema de aula pretérita, na qual tratei especificamente do princípio da razoabilidade).

EXERCÍCIOS.

- 1) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade tem aplicação no nosso sistema constitucional por força do devido processo legal.
- 2) As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal têm aplicação exclusiva nos processos administrativos ou judiciais em que alguém se acha na condição de acusado de infração administrativa ou criminal.
- 3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as leis de caráter restritivo devem observar o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal na acepção substantiva.
- 4) A Constituição Federal, ao consagrar os ramos da chamada justiça especializada, que somente aprecia matérias específicas, refutou a aplicação, entre nós, do princípio do juiz natural.
- 5) Considere a seguinte situação hipotética: João, acusado do cometimento de certo delito, deveria ser julgado pelo juízo “A”, por força de dispositivo constitucional. Entretanto, o Ministério Público ofereceu denúncia perante o juízo “B”, sendo esta acatada e levada a cabo, até o termo do processo, em que João restou condenado a cinco anos de reclusão. Considerando que perante o juízo “B” foram asseguradas a João todas as garantias constitucionais (ampla defesa e contraditório, publicidade dos atos processuais, inadmissibilidade de provas lícitas, motivação da sentença etc.), é certo afirmar que, à luz da Constituição Federal de 1988, referido julgamento é válido.
- 6) Atualmente, é notória a preocupação dos Estados soberanos com a onda de terrorismo que assola o mundo, fato que teve o seu cume no atentado de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos. Divulgou-se, à época de tal atentado, a intenção do Presidente dos Estados Unidos de realizar o julgamento dos terroristas por meio de um tribunal de exceção, que teria a função específica de julgar os responsáveis pelo atentado ao .T.C. Ciente dessa realidade, suponha que o Congresso Nacional, no intuito de prevenir a ocorrência de atentados no Brasil, aprove, por meio de Emenda à Constituição, severas penas para os crimes de terrorismo, bem assim a criação de um tribunal

especial, cuja única função seria o julgamento de tais delitos. Caso a Emenda à Constituição seja promulgada, com estrita obediência ao processo fixado na Constituição Federal, é certo afirmar que referida reforma do texto constitucional seria plenamente válida.

- 7) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do juiz natural tem sua aplicação restrita aos magistrados do Poder Judiciário.
- 8) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do juiz natural proíbe, além da criação de tribunais ou juízos de exceção, o desrespeito às regras objetivas de determinação de competência dos órgãos julgadores.
- 9) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a soberania do veredicto do júri, assegurada constitucionalmente, não exclui a recorribilidade de suas decisões.
- 10) As decisões do júri popular podem ser alteradas, quanto ao mérito, pelo tribunal do Poder Judiciário competente para apreciar o recurso contra o veredicto do júri.
- 11) A Constituição Federal outorgou ao tribunal do júri somente a competência para o julgamento dos chamados crimes dolosos contra a vida. Entretanto, doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que o legislador ordinário pode conferir ao tribunal do júri a competência para o julgamento de vários outros delitos.
- 12) A instituição do júri popular, com as garantias constitucionalmente asseguradas, constitui cláusula pétrea, insuscetível de ser afastada pelo poder de reforma. Em face desse tratamento constitucional, é certo afirmar que todo crime doloso contra a vida será julgado pelo tribunal do júri, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal.
- 13) Se o prefeito de um município comete um crime doloso contra a vida, não será ele submetido a julgamento perante o tribunal do júri, mas sim perante o Tribunal de Justiça do Estado.
- 14) O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles foro especial por prerrogativa de função, afasta a competência do tribunal do júri para o julgamento dos demais.

GABARITO:

1C 2E 3C 4E 5E 6E 7E 8C 9C 10E 11E 12E 13E 14E

AULA 56: APLICAÇÃO DA LEI PENAL PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Continuaremos hoje com a análise de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal.

1) APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Estabelece a Constituição Federal (art. 5º, XL):

“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”

Como corolário desse dispositivo constitucional, podemos concluir que:

- (a) a lei penal posterior mais severa é irretroativa, não alcançando fatos pretéritos;
- (b) a lei penal posterior mais benéfica é retroativa, voltando no tempo para favorecer o réu.

Essa regra constitucional, porém, só alcança as leis penais materiais, que cuidam: da tipificação de crime, da cominação de pena, do regime de execução da pena, da prescrição e demais formas extintivas da punibilidade.

Significa dizer que não abrange as leis processuais penais, que, por força do art. 2º do Código de Processo Penal, têm aplicação imediata.

Feitas essas considerações, vejamos como se dá a aplicação da lei penal nas diferentes hipóteses:

1.1) Abolitio Criminis

Ocorre *abolitio criminis* quando uma lei posterior deixa de incriminar um fato que era anteriormente considerado ilícito penal. A lei nova extingue o crime, retira do campo da ilicitude penal uma conduta que antes era incriminada.

Nessa hipótese, temos as seguintes situações:

- a) se a persecução criminal ainda não foi intentada, o processo não poderá ser iniciado;
- b) se o processo está em andamento, deve ser arquivado, decretando-se a extinção da punibilidade;
- c) se já existe sentença condenatória com trânsito em julgado, mas ainda não se iniciou a sua execução, esta não poderá ser executada (a pena não será executada);
- d) se o condenado já está cumprindo pena, deve ser declarada extinta a punibilidade e solto o agente, que volta à condição de primário;
- e) o nome do condenado deverá ser retirado do rol dos culpados, não podendo sua conduta permanecer registrada como fato desabonador de sua vida pregressa.

Enfim, a *abolitio criminis* faz cessar todos os efeitos **penais** da sentença condenatória; permanecem apenas os efeitos **civis** da sentença (reparação do dano), pois o fato deixa de ser crime, mas permanece o ilícito civil, que exige a reparação pecuniária do dano.

1.2) Novatio Legis Incriminadora

Essa hipótese cuida da lei nova que torna típico fato anteriormente não incriminado, que até então era ilícito. É a lei que cria um novo crime.

A lei que incrimina novos fatos só se aplica aos delitos ocorridos após a sua vigência - é absolutamente irretroativa, pois prejudicaria o agente.

1.3) Novatio Legis in Pejus

Essa hipótese refere-se à lei nova mais severa que a anterior, que agrava a situação do agente; cuida-se de conflito entre duas normas: a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa.

Conforme vimos, aplica-se nessa hipótese o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, previsto na parte inicial do art. 5º, XL, da Constituição Federal, que veda a retroatividade da lei mais gravosa ao réu.

Se o sujeito pratica um fato criminoso na vigência da lei "X", mais benigna, e, no transcorrer da ação penal, surge a lei "Y", mais severa, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da lei antiga, em face da exigência de não fazer recair sobre ele uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa.

Anote-se que a *novatio legis in pejus* não incrimina novas condutas (*novatio legis incriminadora*), tampouco abole incriminações antes previstas (*abolitio criminis*); permanece na lei nova a definição do crime, apenas é agravada a situação do sujeito, mediante o aumento das consequências penais do ilícito.

São consideradas *novatio legis in pejus* as normas penais posteriores que cominem pena mais grave em qualidade (reclusão em vez de detenção, por exemplo) ou quantidade (de dois a oito anos, ao invés de um a quatro, por exemplo); que acrescentem circunstâncias qualificadoras ou agravantes não previstas anteriormente; que eliminem atenuantes ou causas de extinção da punibilidade antes previstas; que exijam mais requisitos para a concessão de benefícios ao réu etc.

1.4) Novatio Legis in Mellius

Nessa hipótese, a lei posterior é mais benigna em comparação com a anterior; a lei nova modifica o preceito anterior, beneficiando a situação do agente.

Cuida-se do conflito entre duas normas: a anterior, mais severa, e a posterior, mais benigna; vige, nesse caso, o princípio da retroatividade da lei penal benigna, previsto na parte final do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Se o sujeito pratica um fato criminoso na vigência da lei "X", mais severa, e, no transcorrer da ação penal, surge a lei "Y", mais benigna, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da lei nova, em face da retroatividade da lei benigna.

São consideradas *novatio legis in mellius* as leis que cominem uma pena menos rigorosa, em qualidade (detenção em vez de reclusão, por exemplo) ou quantidade (de um a quatro anos, em vez de dois a oito anos, por exemplo); ou favorece o agente de outra forma, acrescentando circunstância atenuante não prevista, eliminando agravante anteriormente prevista, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecendo novos casos de extinção de punibilidade, reduzindo os requisitos para a concessão de benefícios ao réu etc.

A lei favorável deve ser aplicada ainda que se esteja procedendo ao cumprimento da pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Suponha que o indivíduo tenha cometido o delito sob a vigência da lei "X", que estabelecia para o ilícito uma pena de oito anos, e que tenha sido definitivamente condenado ainda na vigência desta lei. Iniciado o cumprimento da pena, após dois anos é publicada a lei "Y", que reduz a pena de tal crime para dois anos. Nessa hipótese, deverá o indivíduo ser posto em liberdade, em face da retroatividade da lei benigna.

1.5) Combinação de Leis

Questão muito discutida na doutrina é saber se, na determinação da lei mais favorável aplicável (*lex mitior*) num caso concreto, pode o juiz tomar os preceitos ou os critérios mais favoráveis da lei anterior e, ao mesmo tempo, os da lei posterior, combiná-los e aplicá-los, de modo a extrair o máximo de benefício para o réu, com a aplicação conjunta só dos aspectos mais favoráveis das duas leis.

Exemplo: suponha que a lei penal antiga exigia para a concessão do livramento condicional o cumprimento de mais da metade da pena, e que a lei nova reduziu essa exigência para um terço da pena (parte benéfica), condicionando a concessão do livramento, porém, à existência de bons antecedentes (parte mais severa).

Nessa hipótese, poderá o juiz efetivar a combinação das duas leis, aplicando ao caso concreto, para a obtenção do livramento condicional, a exigência de cumprimento de apenas um terço da pena (parte benéfica da lei nova) com a desnecessidade da comprovação dos bons antecedentes (parte benéfica da lei antiga)?

Na doutrina, não há unanimidade sobre o assunto.

Alguns autores entendem que não é dado ao juiz o poder de efetivar a combinação das leis, pois isso implicaria converter o Poder Judiciário em legislador positivo, o que o nosso ordenamento não admite. Para esses, diante do caso concreto, o juiz deverá optar por uma das leis e aplicá-la, integralmente, ao réu.

Outros doutrinadores defendem que o magistrado deve combinar as leis, ao argumento de que se é dado ao juiz o poder de aplicar o todo de uma lei ou de outra para beneficiar o réu, não haveria razões para impedi-lo de escolher parte de uma e parte de outra para o mesmo fim, hipótese em que se daria até uma maior aplicação ao preceito constitucional que determina a retroatividade da lei para beneficiar o réu (art. 5º, XL).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **não** aceita a combinação das leis, tendo firmado orientação nos seguintes termos:

“É lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade; porém, não lhe é permitido criar e aplicar uma “terza legge diversa” de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador; os princípios da ultra e da retroatividade da “lex mitior” não autorizam a combinação de duas normas para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu” (STF, HC 68.416-5/DF).

2) PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência está previsto na atual Constituição no art. 5º, LVII, nos seguintes termos:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa garantia processual penal tem por fito tutelar a liberdade do indivíduo, que é presumido inocente, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade. Como regra geral, portanto, o Estado somente pode impor pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, alguns aspectos relacionados com a aplicação desse princípio merecem ser clareados, especialmente em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

- a) o princípio não afasta a legitimidade das diversas espécies de prisões provisórias, tendo o STF firmado orientação no sentido de que “a prisão provisória não viola o princípio constitucional da presunção da inocência” (HC 72663-1/SP);

Assim, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.

Entende o STF que “comprovada a materialidade do crime, existindo indícios suficientes de sua autoria e demonstrada concretamente a presença dos motivos que a autorizam, a prisão preventiva poderá ser decretada, não importando que o réu – primário e de bons antecedentes, com trabalho e residência fixa – tenha se apresentado espontaneamente à autoridade policial quando da abertura do inquérito e comparecido aos atos do processo para os quais convocado” (HC 74666/RS).

- b) o princípio não revogou a regra segundo a qual “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”, prevista no art. 594 do Código de Processo Penal;

Portanto, a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência.

- c) o princípio não impede que se leve à conta de maus antecedentes do acusado a existência contra ele de inquéritos policiais ou processos criminais sem condenação transitada em julgado;

Observa-se, assim, que a circunstância de o paciente responder a processos – ainda que em nenhum deles exista sentença transitada em julgado – é suficiente à caracterização de maus antecedentes, para efeito de fixação da pena. Sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado, processos penais em curso e até mesmo mero indiciamento em inquéritos policiais podem ser tidos como maus antecedentes.

Exemplificando: Tício é acusado no processo “A” e responde, também, aos processos “B” e “C”; nessa hipótese, ainda que nos processos “B” e “C” não haja sentença transitada em julgado, o magistrado poderá considerar a existência deles como caracterizadora de maus antecedentes, elevando a pena a ser aplicada a Tício no processo “A”.

- d) o princípio está circunscrito ao âmbito penal, não se aplicando, em sua inteireza, à esfera administrativa;

Com base nessa orientação, o STF decidiu que “não viola o postulado da presunção da inocência regra legal que determina a exclusão de oficial da polícia de qualquer quadro de acesso à promoção por ter sido denunciado em processo crime, enquanto a sentença não transitar em julgado” (RE 141787/MT).

- e) o efeito maior do princípio da presunção da inocência é o impedimento de que se lance o nome do réu no rol dos culpados, enquanto não estiver definitivamente condenado;

Por força desse princípio, o registro da condenação do réu somente é efetivado após o trânsito em julgado da sentença penal, momento em que o seu nome é lançado no rol dos culpados, ato que permite a documentação da decisão condenatória para que produza seus diversos efeitos secundários (reincidência, impedimento do benefício da suspensão condicional da pena, revogação de sursis, revogação de reabilitação etc.).

- f) o princípio revogou a disposição constante do art. 408 do Código de Processo Penal, que determinava o lançamento do nome do réu no rol dos culpados após a sentença de pronúncia.

Até a próxima semana.

EXERCÍCIOS.

- 1) (ESAF/AGU/98) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a lei penal mais benéfica, para os fins estabelecidos na Constituição, há de ser considerada tão-somente a lei que define ou suprime crime e estabelece ou reduz pena.
- 2) (ESAF/AFTN/98) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a norma superveniente que amplie o prazo de prescrição tem aplicação imediata, independentemente dos reflexos que produza nas situações concretas, por se tratar de norma de conteúdo processual.
- 3) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: a Lei 802 definia o crime de aliciamento de trabalhadores como o ato de recrutar trabalhadores para fins de emigração. Posteriormente, adveio a Lei 2051, descrevendo este crime como a conduta de recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. Quando da entrada em vigor da lei nova, Avelino estava respondendo a processo por ter, sem fraude, recrutado trabalhadores. Nessa situação, Avelino continuará respondendo a processo, agora com as regras da Lei 2051.
- 4) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: um indivíduo foi condenado à pena privativa de liberdade de três anos de reclusão, no regime semi-aberto. Quando cumpria a reprimenda, entrou em vigor uma lei nova, admitindo a substituição da pena privativa de liberdade não-superior a quatro anos por penas restritivas de direitos. Nesse caso, competirá ao juiz da vara de execuções aplicar a lei nova, em favor do indivíduo, substituindo a pena, desde que preenchidos os requisitos.
- 5) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: Mara, sem autorização legal, plantou um ramo de cannabis sativa (maconha) no quintal de sua residência, com a intenção de produzir o entorpecente. Na época, a conduta plantar não se adequava à fórmula típica, não sendo crime. Posteriormente, entrou em vigor nova lei, que inseriu na figura típica do crime o núcleo **plantar**. Nessa hipótese, a lei nova retroagirá e Mara responderá pelo crime.
- 6) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: um indivíduo confessou, perante autoridade policial, espontaneamente, a autoria de um crime. Em seu favor, militava a circunstância atenuante confissão espontânea. Entretanto, surgiu, durante o processo-

crime, lei nova, suprimindo a referida circunstância. Nesse caso, na hipótese de condenação, aplicar-se-á a lei nova.

- 7) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: Um indivíduo cometeu um crime de ameaça, cuja ação penal somente procede mediante representação. Sem que o ofendido, ou seu representante legal, tivesse exercido o seu direito, uma nova lei passou a vigorar, tornando incondicionada a ação penal. Nessa situação, diante da lei nova, o Ministério Público poderá oferecer denúncia sem que o ofendido tenha exercido o direito de representação.
- 8) (CESPE/PERITO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: José praticou um crime de furto na vigência da Lei 2345/62. Antes do término do inquérito policial, José restituiu voluntariamente à autoridade policial os objetos subtraídos. Nesse ínterim, entrou em vigor a Lei 9990/00, que prevê como causa geral de diminuição de pena a restituição da coisa até o recebimento da denúncia, por ato voluntário do agente. Nessa circunstância, na hipótese de José ser condenado, não incidiria a causa geral de diminuição da pena.
- 9) (CESPE/PERITO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: Pedro, por motivo torpe, praticou um crime de lesões corporais na vigência da Lei 2345/62. Durante o processo-crime, entrou em vigor a Lei 9990/00, que acrescentou o motivo torpe como circunstância agravante, não-prevista anteriormente. Nesse caso, na hipótese de Pedro ser condenado, incidirá a circunstância agravante na dosimetria da pena.
- 10) (CESPE/PERITO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: Antônio manteve conjunção carnal com Maria, que contava com treze anos de idade. Na época, estava em vigor a Lei 2345/62, segundo a qual haveria presunção de violência se a ofendida fosse menor de quatorze anos. Após Antônio ser condenado definitivamente pelo crime de estupro, entrou em vigor a Lei 9990/00, segundo a qual, para se caracterizar a violência presumida, a vítima teria de possuir até dez anos de idade. Nessa situação, a lei nova deverá retroagir, fazendo desaparecer o crime e acarretando a extinção da punibilidade.
- 11) O agente "A" confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria de um crime imputada a outrem. Suponhamos que não existisse a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal (confissão espontânea). Durante o processo surge a lei "X", incluindo a referida circunstância. O sujeito, se condenado, deve ser favorecido pela atenuante, embora não vigorasse, ao tempo da prática do crime, a disposição que a determinou.
- 12) A lei nova prevê a hipótese de extinção da punibilidade de um crime contra a ordem tributária pela efetivação do pagamento do tributo antes da aceitação da denúncia pelo magistrado. Essa lei, por ser mais benéfica ao réu, será retroativa, beneficiando delitos cometidos antes de sua vigência.
- 13) Se a nova lei penal diminui o prazo de prescrição de um delito será ela retroativa, em favor do réu.
- 14) Se a nova lei penal, ao regular determinado crime, institui novos benefícios, ou torna mais fácil a obtenção de benefício já existente, será ela retroativa.
- 15) Suponha que o agente "A" pratique um crime sob a vigência da lei "X", que comina pena de detenção. Após, passa a vigorar a lei "Y", cominando, para o mesmo fato, pena pecuniária. A lei nova comina pena menos rigorosa e, assim, deve retroagir.
- 16) O Código Penal de 1890 determinava a presunção de violência se o crime de "defloraçmento" fosse praticado contra "menor de dezesseis anos". Dessa forma, se o sujeito "deflorasse" vítima de quinze anos, responderia por "estupro" e não por "defloraçmento". O novo Código, de 1940, passou a presumir a violência somente no caso de a vítima não ser maior de catorze anos. Então, se o sujeito estivesse sendo processado por estupro com violência presumida contra vítima de quinze anos de idade (fato praticado na vigência do estatuto antigo), com o advento do novo Código, não mais responderia por estupro.
- 17) Suponha que o agente "A" pratique um crime na vigência da lei "X", que impõe, em abstrato, a pena de reclusão, de 2 a 8 anos. Surge a lei "Y", cominando, para a mesma conduta, a pena de reclusão, de 1 a 4 anos. A lei nova é menos severa, devendo retroagir.
- 18) O fato de "fabricar gazuas, chaves, instrumentos e aparelhos próprios para roubar", considerado crime pelo Código Penal de 1890, na legislação vigente é simples contravenção, com cominação de pena mais branda. O indivíduo que fabricou instrumentos para roubar na vigência do Código de 1890 seria beneficiado pela nova legislação, respondendo apenas por contravenção.

- 19) Suponha que o agente "A" pratique um crime sob a vigência da lei "X", que comina pena de multa. Entra em vigor a lei "Y", cominando, para o mesmo fato, pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção). Nessa hipótese, os delitos praticados sob a vigência da Lei "X", ainda não julgados, deverão ser decididos com a aplicação da Lei "Y".
- 20) O legislador, por meio de lei nova, determina à execução da pena de detenção o mesmo rigor inicial da pena de reclusão. Nesse caso, se "A" estivesse para iniciar o cumprimento da pena de detenção, imposta na vigência da lei antiga, a disposição da nova lei não poderia retroagir, uma vez que o prejudicaria.
- 21) Suponha que o agente "A" cometa um crime na vigência da lei "X", que impõe a pena de reclusão de 1 a 5 anos. Surge a lei "Y", cominando, para o mesmo comportamento, a pena de reclusão de 2 a 8 anos. Nessa hipótese, se "A" for condenado, a pena deverá variar entre os limites da lei nova, de 2 a 8 anos de reclusão.
- 22) Suponha que "A" e "B" pratiquem um homicídio simples, após se embriagarem propositadamente para cometê-lo. Estão sujeitos à reclusão de 6 a 20 anos, mais a agravante "embriaguez preordenada", prevista no art. 61, II, "I", do Código Penal. Durante o processo entra em vigor a lei "Y", determinando que a pena do homicídio simples é aumentada de um terço se o agente se embriaga propositadamente para cometê-lo. A lei nova está incluindo uma circunstância legal específica, denominada causa de aumento da pena, tornando o homicídio, na hipótese, qualificado. Nessa hipótese, a pena dos agentes pode ser aumentada de um terço, com base na nova lei.
- 23) Suponha que "A" e "B" cometam um crime de homicídio simples, sujeito à pena de reclusão, de 6 a 20 anos. Após, surge a lei "X", cominando a pena de 12 a 30 anos se o homicídio é praticado por duas ou mais pessoas. Essa lei nova pode retroagir para o fim de ensejar a condenação dos agentes à pena de 12 a 30 anos de reclusão.
- 24) Suponha que "A" realize a conduta punível sob a vigência da lei "X", que permite a suspensão condicional da execução da pena (sursis). Antes de ser proferida a sentença, passa a vigorar a lei "Y", impedindo, no caso de "A", a suspensão condicional da execução da pena. Mesmo sob a vigência da lei "Y", o juiz deverá beneficiá-lo com o sursis.
- 25) Suponha que, na véspera de o condenado obter o livramento condicional, satisfeitos os seus requisitos sob a égide da lei "X", surge a lei "Y", exigindo uma condição a que ele não atende. Nessa situação, o livramento não deve mais ser concedido, em face da publicação da lei "Y".
- 26) A lei nova que amplia o prazo prescricional tem aplicação imediata, alcançando os delitos praticados antes de sua vigência e ainda não julgados.
- 27) Suponha que o agente "A", maior de 18 anos, pratique um crime de furto contra seu pai. Está isento de pena, nos termos do art. 181, II, 1ª figura, do Código Penal. Ocorre, no caso, uma escusa absolutória, que significa caso de não-aplicação da pena a crimes determinados, conforme normas particulares contidas na parte especial. Suponha que após a prática, surja lei nova, excluindo a disposição do art. 181. A lei a ser aplicada ao agente "A" será a lei mais recente.
- 28) Suponha que o sujeito esteja sendo processado por supressão de documentos e alegue em sua defesa "coação moral irresistível". Presente os seus requisitos, estaremos diante de uma causa de exclusão da culpabilidade. Antes de proferida a decisão absolutória entra em vigor a lei "X", excluindo esse benefício. A lei nova não pode ser aplicada, por ser prejudicial ao réu.
- 29) Suponha que "A" tenha praticado um crime de ameaça, a cuja ação penal somente se procede mediante representação. Sem que o ofendido, ou seu representante legal, tenha exercido o seu direito, surge a lei "X", tornando incondicionada a ação penal. A partir de então, o Promotor Público pode oferecer denúncia contra "A" sem que o ofendido (ou seu representante legal) tenha exercido o direito de representação.
- 30) Suponha que "A" cometa o crime de "fraude à execução", a cuja ação penal somente se procede mediante queixa. Após, sem que o ofendido tenha exercido o seu direito, passa a vigorar a lei "X", definindo o crime da mesma forma, mas excluindo a obrigatoriedade da queixa, tornando pública e incondicionada a ação penal. Mesmo com a publicação da Lei "X", a ação penal não pode ser iniciada pelo Promotor Público mediante denúncia, permanecendo a eficácia da lei antiga.
- 31) Suponha que "A", em outubro de 1964, sem autorização legal, plantou um ramo de cannabis sativa (maconha) no quintal de sua residência, com intenção de produzir o entorpecente. Esse

fato, à época, não constituía crime em face da descrição típica originariamente constante do Código Penal (art. 281), pois a conduta “plantar” não se adequava às condutas típicas então previstas. Em novembro de 1964, entrou em vigor nova lei que inseriu na conduta típica fundamental do crime o núcleo “plantar”. Essa nova lei poderá retroagir, com o fim de alcançar o fato cometido por “A” antes de sua vigência.

- 32) Suponha que “A”, prefeito municipal, em 1966, utilizou-se de veículos e máquinas da prefeitura para a realização de serviços particulares. Esse fato, à época, era considerado impunível (peculato de uso), pois se entendia que a conduta típica de apropriar-se, núcleo do tipo, não ocorria. Em 1967, entrou em vigor nova lei considerando conduta punível o fato de o prefeito municipal “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”, sujeito à pena de reclusão, de dois a doze anos. Essa nova lei tem efeito retroativo, no sentido de alcançar o ato praticado pelo prefeito.
- 33) Suponha que “A” tenha praticado um crime definido pelo antigo Código Penal de 1890 e que, no transcorrer da ação penal, tenha entrado em vigor o Código Penal atual, deixando de considerar criminosa aquela conduta. Em face do novo Código, o agente não poderá mais ser condenado.
- 34) Suponha que “A” tenha praticado o crime de “defloração”, mediante “sedução”, contra a ofendida “X”, de 19 anos de idade, durante a vigência de lei que protegia desse crime mulher de até 21 anos. Posteriormente, a lei nova passou a proteger mulher de até 18 anos. Com a publicação da lei nova, “A” não responderá mais pelo crime.
- 35) O Código Penal, em sua feição original, definia o crime de aliciamento de trabalhadores como o fato de “aliciar trabalhadores, para o fim de emigração”. Adveio a Lei nº 8.683, de 1993, descrevendo o crime como a conduta de “recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro”. Imagine-se que, quando da entrada em vigor da lei nova, o sujeito estivesse respondendo a processo por ter aliciado trabalhadores “sem fraude”. Nessa hipótese, a lei nova favorecerá o réu, descriminando a sua conduta.
- 36) Suponha que uma nova lei, publicada em 2002, venha a não mais considerar como crime fatos como o adultério, o aborto e a sedução. A partir da vigência dessa novel lei, não poderão ser responsabilizados criminalmente os autores de tais condutas, ainda que as tenham praticado no ano de 2001.
- 37) (CESPE/ESCRIVÃO/PCDF/2000) Considere a seguinte situação hipotética: Borges, primário, portador de bons antecedentes, com profissão definida e residência no distrito da culpa, juntamente com outros agentes, ateou fogo em mendigo que dormia em ponto de ônibus, causando-lhe a morte e grande comoção à sociedade. A autoridade judiciária decretou a prisão preventiva de Borges. Nesse caso, em face das condições pessoais do indiciado e do princípio constitucional da presunção de inocência, a custódia cautelar foi incabível.
- 38) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/2000) Considerando que, no âmbito penal, a Constituição da República abarcou o princípio da legalidade – “não crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – e que a Lei das Contravenções Penais foi elaborada sob a forma de decreto-lei, então é correto afirmar que esta lei encontra-se revogada por força do princípio constitucional da reserva legal.
- 39) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/2000) Se o agente praticar um ato tipificado como crime na vigência da lei X, e, no transcorrer da ação penal, surgir uma lei Y, mais gravosa que a lei X, o caso deverá ainda ser apreciado e julgado sob a eficácia da lei mais antiga.
- 40) (ESAF/AFTN/96) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da presunção de inocência não é compatível com a prisão cautelar.
- 41) (ESAF/COMEX/1998) A existência de outros processos penais sem trânsito em julgado contra o mesmo réu não pode ser apreciada como maus antecedentes por implicar violação ao princípio da presunção de inocência.
- 42) (CESPE/PAPILOSCOPISTA/PF/97) A Constituição prevê que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir prisão provisória, com ou sem fiança. No entanto, o cidadão pode ser recolhido à prisão, em certos casos, antes mesmo de ser condenado por sentença criminal transitada em julgado.
- 43) (CESPE/FISCAL/INSS/98) Mesmo sabendo que a Constituição estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não é correto

afirmar que o indivíduo somente possa ser legitimamente preso depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

- 44) (ESAF/TTN/98) O lançamento do nome do réu no rol dos culpados após a sentença de pronúncia, previsto no Código de Processo Penal, é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.
- 45) (ESAF/TTN/98) O princípio da presunção de inocência não permite a prisão cautelar ou provisória.
- 46) (ESAF/AFTN/96) O princípio da presunção de inocência consagrado na Constituição não permite que se proceda ao lançamento do nome do réu no rol dos culpados após a sentença de pronúncia no processo penal.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5E 6E 7E 8E 9E 10C 11C 12C 13C 14C 15C 16C 17C 18C 19E 20C 21E 22E 23E 24C 25E
26E 27E 28C 29E 30C 31E 32E 33C 34C 35C 36C 37E 38E 39C 40E 41E 42C 43C 44E 45E 46E

AULA 57: SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS E COMUNICAÇÃO EXTRADIÇÃO

Continuaremos hoje com a análise de alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal.

1) SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS E COMUNICAÇÃO

Estabelece a Constituição Federal (art. 5º, XII):

“é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

Pela leitura do dispositivo, deflui-se que a inviolabilidade só poderá ser excepcionada no caso das comunicações telefônicas, por ordem judicial. As demais inviolabilidades – da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados – seriam absolutas, não se admitindo sua quebra nem mesmo por ordem judicial.

Porém, dois aspectos merecem ser ressaltados:

a) em situações excepcionais, a própria Constituição Federal admite sejam estabelecidas restrições ao sigilo de correspondência, de comunicação telegráfica e telefônica, como nos casos de estado de defesa e estado de sítio (CF, arts. 136 e 139);

b) o constitucionalismo contemporâneo refuta veemente a idéia de qualquer liberdade individual absoluta, que não admita ressalvas frente a outras garantias constitucionalmente protegidas. Nesse sentido, o STF já manifestou-se no sentido de ser possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicação telegráficas e de dados sempre que tais liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC 70.814-5).

No caso das comunicações telefônicas, o próprio texto constitucional já admite expressamente a possibilidade de sua violação, mediante interceptação telefônica (escuta telefônica), desde que após ordem judicial e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

São, portanto, três os requisitos necessários para a violação das comunicações telefônicas (interceptação telefônica):

- a) ordem judicial;
- b) somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- c) somente nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Como se vê, mesmo a atuação do magistrado na autorização da interceptação telefônica é limitada pelo texto constitucional, uma vez que ele só poderá autorizar a escuta para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e, ainda assim, nas estritas hipóteses e termos que a lei estabelecer. Se houver uma autorização judicial para interceptação telefônica para o fim de uma investigação administrativa (num processo administrativo disciplinar ou fiscal, por exemplo), será ela flagrantemente inconstitucional, e a prova daí resultante estará contaminada pela ilicitude (teoria dos frutos da árvore envenenada).

A regulamentação desse dispositivo veio com a edição da Lei nº 9.296, de 1996. Até a edição dessa lei, o STF considerou inconstitucionais todas as interceptações telefônicas autorizadas pelos magistrados, e determinou a retirada dos autos de todas as provas levantadas por meio da medida, por constituírem provas ilícitas.

A Lei 9296/96 veio legitimar a interceptação das comunicações telefônicas como meio de prova, estendendo também a sua regulação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (e-mail etc.).

Por se tratar de medida excepcional, a Lei só permite a interceptação quando houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punível com reclusão e, ainda assim, se a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis.

A interceptação poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento da autoridade policial (delegado de polícia, no curso de investigação criminal) ou do Ministério Público (no curso da investigação criminal ou na instrução processual penal).

Apresentado o pedido por uma das autoridades competentes (delegado de polícia ou Ministério Público), o juiz terá o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para decidir, devendo determinar também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova. O processo corre em segredo de justiça, preservando-se também o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

A medida de interceptação será conduzida pela autoridade policial, podendo o Ministério Público acompanhá-la, se entender necessário. A conversa gravada, e sua respectiva transcrição, será encaminhada ao juiz competente, acompanhada com o devido auto circunstanciado, contendo resumo das operações realizadas, para o devido acompanhamento por parte da autoridade judicial.

Finalmente, com o término da diligência, a prova continuará em segredo de justiça, devendo então, se já existente ação penal instaurada, ser dado conhecimento ao defensor, para que sejam respeitados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Como se vê, mesmo na interceptação telefônica, que é executada sem o conhecimento do réu, a este é assegurada, a posteriori, a observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, permitindo-se à defesa impugnar amplamente a prova colhida durante a medida.

Como se vê, a lei brasileira adotou o sistema de verificação prévia da legalidade da interceptação telefônica, condicionando a sua realização à prévia autorização judicial. Não foi adotada entre nós a verificação posterior da legalidade, em que a autoridade policial e o Ministério Público tomam a iniciativa, executam a interceptação e depois a submetem à apreciação do magistrado. Nos países que adotam este sistema, caberá ao magistrado realizar o controle a posteriori, decidindo pela legalidade da interceptação (caso em que as provas serão anexadas aos autos do processo) ou pela sua ilegalidade (hipótese em que as provas ilícitas seriam destruídas, com a eventual responsabilização dos executores da medida, no caso de abuso).

2) EXTRADIÇÃO

Extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, a outro Estado, que o reclama, para o fim de condená-lo ou puni-lo, segundo suas leis.

Há duas espécies de extradição:

- a) Ativa: é requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos;
- b) Passiva: é requerida ao Brasil por outros Estados soberanos.

A atual Constituição nada diz a respeito da extradição ativa, requerida pelo Brasil a outros Estados. Há, porém, certas limitações impostas à extradição passiva, que são as seguintes (art. 5º, LI e LII):

“nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”

“não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”

Desses enunciados, podemos retirar três regras básicas:

1ª) o brasileiro nato nunca será extraditado;

2ª) em relação ao brasileiro naturalizado, a regra, também, é a impossibilidade de sua extradição; porém, poderá ele ser extraditado em duas hipóteses excepcionais: crime comum, praticado antes da

naturalização, ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

3ª) em relação ao estrangeiro, a regra é a possibilidade de extradição; porém, não se admite a sua extradição por crime político ou de opinião.

A respeito da extradição, algumas orientações do Supremo Tribunal Federal:

1) não há uma prévia definição constitucional ou legal do que seja crime político ou de opinião; caberá ao STF, no caso concreto, analisar a matéria;

2) o pedido de extradição somente poderá ser atendido pelo Brasil se houver tratado internacional entre os países, ou inexistindo este, se houver, por parte do país requerente, promessa de reciprocidade de tratamento ao Brasil;

3) somente haverá extradição se houver a chamada "dupla tipicidade", isto é, se a conduta atribuída ao extraditando – não obstante a não coincidência de sua designação formal – revista-se de tipicidade penal e seja punível tanto no Brasil quanto no Estado requerente (o fato tem que ser crime no Brasil e no país requerente; se a conduta só é considerada crime no país requerente, sendo lícita (ou apenas mera contravenção) no Brasil, não haverá extradição);

4) no Brasil, aplica-se à extradição o princípio da "especialidade", segundo o qual o extraditado somente poderá ser processado e julgado pelo país requerente pelo delito objeto do pedido de extradição; o STF, porém, aceita o "pedido de extensão", que é a permissão, solicitada pelo país estrangeiro, de processar a pessoa já extraditada por qualquer delito praticado antes da extradição e diverso daquele que motivou o pedido extradicional, desde que o Estado requerido expressamente autorize.

2.1) PROCEDIMENTO

O pedido de extradição deverá ser encaminhado ao Estado brasileiro pelas vias diplomáticas (e não mediante carta rogatória), endereçado ao Presidente da República, pois a este cabe manter relações com Estados estrangeiros (CF, art. 84, VII).

O pedido será então encaminhado pelo Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, que tem competência para examinar a legalidade e a procedência do pedido. O pronunciamento do STF sobre a legalidade e procedência do pedido é condição indispensável para a efetivação da extradição (não haverá extradição sem o prévio pronunciamento do STF). O STF somente dará continuidade ao pedido se o extraditando estiver preso e à disposição do Tribunal.

A partir da análise feita pelo Supremo Tribunal Federal, temos: (a) se a decisão do STF for contrária à extradição, o Presidente da República estará vinculado aos seus termos, não podendo efetivar a extradição; (b) se a decisão do STF for favorável à extradição, o Presidente da República terá discricionariedade para determinar ou não a extradição, pois não está obrigado a extraditar, mesmo com a decisão favorável do STF.

Como se vê, o controle da extradição no direito brasileiro qualifica-se como um sistema de controle limitado, com predominância da atividade do Poder Judiciário, ao qual cabe o controle e fiscalização dos pressupostos e da legalidade do pedido. A decisão de mérito, porém, por envolver questão de soberania nacional, cabe ao Presidente da República.

2.2) EXTRADIÇÃO, DEPORTAÇÃO E EXPULSÃO

A extradição não deve ser confundida com as hipóteses de deportação e expulsão.

A **extradição** é o modo de entregar o estrangeiro a outro Estado, a partir de requerimento deste, em razão de delito lá praticado. Só se fala em extradição se houver pedido do país estrangeiro em virtude de crime cometido pelo extraditando no exterior. O fato que motiva a extradição (delito) é cometido no exterior, e o país estrangeiro requer a extradição do criminoso ao Brasil.

A **deportação** consiste em devolver o estrangeiro ao exterior, por meio de medida compulsória adotada pelo Brasil, quando o estrangeiro entra ou permanece irregularmente no nosso território. Não se trata de prática de delito em qualquer território, mas sim do não atendimento dos requisitos para entrar ou permanecer no território nacional. A deportação não exige requerimento do outro país; pode ser feita para o país de origem do estrangeiro ou para outro Estado qualquer, que aceite recebê-lo.

A **expulsão** é medida coercitiva tomada pelo Estado, para retirar forçosamente de seu território um estrangeiro que praticou atentado à ordem jurídica do país em que se encontra. A expulsão é medida de caráter político-administrativo, não dependente de requisição do país estrangeiro, sendo medida de exclusiva conveniência e discricionariedade do Presidente da República.

A legalidade da expulsão, porém, está sujeita a controle judicial, em sede de habeas corpus, a ser ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal.

Não há possibilidade de deportação ou expulsão de brasileiro, pois isso implicaria banimento, pena constitucionalmente vedada no nosso país (CF, art. 5º, XLVII).

2.3) EXTRADIÇÃO E COMUTAÇÃO DA PENA

Na efetivação da extradição, a depender da pena que poderá vir a ser aplicada ao extraditando no país requerente, a legislação brasileira exige a comutação (substituição) da pena.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devem ser observadas as seguintes regras:

1ª) no caso de pena de morte, exige-se a comutação da pena de morte por outra privativa de liberdade (ainda que de caráter perpétuo), salvo no caso em que a lei brasileira permite sua aplicação (hipótese de guerra declarada);

2ª) no caso de prisão perpétua, não há mais necessidade de sua comutação em pena privativa de liberdade para o prazo máximo de cumprimento segundo as leis brasileiras (30 anos);

3ª) no caso de pena de trabalhos forçados, também não se exige a comutação em pena privativa de liberdade.

EXERCÍCIOS.

1) É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal, administrativa ou instrução processual penal.

2) A inviolabilidade da correspondência foi erigida pela atual Constituição ao status de garantia individual, portanto, cláusula pétrea. A par disso, mesmo diante de comoção interna ou de estado de sítio não há possibilidade de restrição a essa garantia.

3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há certos direitos fundamentais de natureza absoluta na Carta Política. Nesses casos, juridicamente, é absolutamente inaceitável a intromissão do Poder Público na esfera de liberdade do indivíduo, mesmo que tais liberdades públicas estejam sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

4) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as hipóteses elencadas pela Constituição como justificadoras da interceptação telefônica (investigação criminal ou instrução processual penal) são meramente exemplificativas, podendo o legislador ordinário estabelecer outras, desde que assegurado o prévio controle judicial da medida.

5) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível, excepcionalmente, desde que não haja outro meio idôneo para a produção de prova, realizar-se lícitamente a interceptação telefônica numa sindicância administrativa, para a apuração de falta disciplinar cometida por servidor público.

6) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em face do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição, que outorga aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, a norma que estabelece a

possibilidade de interceptação telefônica é de aplicabilidade imediata, prescindindo, desde a promulgação da Constituição, de regulamentação legal.

7) A Lei 9296/96, que regulamentou a violação das comunicações telefônicas, admite expressamente a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

8) A determinação da interceptação telefônica é medida de competência do Poder Judiciário, detendo o magistrado discricionariedade para autorizá-la, ainda que não estejam presentes no processo indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal.

9) A interceptação telefônica, observados os requisitos constitucionais, poderá ser determinada até mesmo pelo juiz, de ofício.

10) O processo em que haja interceptação telefônica autorizada judicialmente corre em segredo de justiça, preservando-se também o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Ademais, para que seja lícita a interceptação, faz-se necessária a notificação prévia da medida ao réu, em obediência aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

11) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interceptação telefônica efetivada sem o prévio conhecimento do réu, ainda quando autorizada judicialmente para investigação criminal, afronta o princípio da ampla defesa.

12) Ao regulamentar o dispositivo constitucional que admite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, a lei brasileira adotou o sistema de verificação posterior da legalidade da interceptação, podendo a autoridade policial ou o Ministério Público tomar a iniciativa, executar a medida e só depois submetê-la à apreciação do magistrado.

13) A extradição ativa é aquela requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos.

14) Nenhum brasileiro será extraditado, deportado ou expulso pelo Brasil.

15) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aplica-se no Brasil o princípio da especialidade, segundo o qual, em princípio, o extraditado somente poderá ser processado e julgado pelo país requerente pelo delito objeto do pedido de extradição.

16) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se o extraditando estiver sujeito à eventual condenação à prisão perpétua no país requerente, exige-se do país requerente a firmação de compromisso da comutação da pena para o limite da prisão no Brasil, que é de trinta anos.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9C 10E 11E 12E 13C 14E 15C 16E

AULA 58: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PROTEÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À COISA JULGADA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA.

Concluiremos hoje a análise dos principais incisos do art. 5º da Constituição Federal.

Acredito que tenha abordado nas aulas precedentes os principais pontos do art. 5º da Constituição Federal, para o fim de concurso público. Caso você tenha dúvida em algum outro inciso, favor enviar-me e-mail, por intermédio do Vemconcursos, que terei satisfação em atendê-lo, numa das próximas aulas.

1) CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão insculpidos expressamente na Constituição Federal, nos seguintes termos (art. 5º, LV):

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

As garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa são indissociáveis, caminhando paralelamente no processo administrativo ou judicial. Estão, também, intimamente ligadas ao princípio do devido processo legal (due process of law), pois não há como se falar em devido processo legal sem a outorga da plenitude de defesa (direito de defesa técnica, direito à publicidade dos atos processuais, direito à citação, direito à produção de provas, direito de recurso, direito de contestação etc.).

Por ampla defesa, entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender devido, para evitar sua autoincriminação.

Por contraditório, entende o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (par conditio), significando que a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contra-razões, de levar ao juiz do feito uma interpretação jurídica diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura, também, a igualdade das partes no processo, pois, ao garantir-se aos litigantes o contraditório, equipara-se no feito o direito de ação (da acusação) com o direito de contraditório (da defesa).

A respeito desse princípio, destaco as seguintes orientações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a) a orientação, conforme se depreende do texto constitucional, não alcança somente o indivíduo que esteja, num processo administrativo ou judicial, na situação de acusado;

Em verdade, qualquer medida restritiva de direito exige motivação, exatamente para que a parte adversa tenha assegurado o seu direito ao contraditório e ampla defesa. E isso não só em situações em que o indivíduo esteja sendo acusado, pode ser numa lide em que se pleiteie a satisfação de um direito.

b) o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa não garante ao indivíduo o duplo grau de jurisdição, pois este não é uma garantia na vigente Carta Política (o duplo grau de jurisdição foi objeto de aula pretérita específica, motivo pelo qual não repetirei aqui os comentários);

c) no âmbito do processo criminal, a denúncia vaga, imprecisa, que não descreve adequadamente a conduta do réu é nula, por ofender o princípio da ampla defesa;

Sabe-se que a denúncia formulada pelo Ministério Público é peça fundamental na persecução penal, pois a partir dela é que efetivamente será instaurado o processo criminal (stricto sensu), por meio da sua aceitação pelo magistrado. Exatamente por esta razão é que entende o Supremo Tribunal Federal que ela deverá ser concisa, clara, descrevendo especificamente a conduta do réu, para que seja

permitido ao defensor o seu direito constitucional do contraditório e ampla defesa. Se for imprecisa, vaga, será ela nula de pleno direito.

d) no processo criminal, a garantia constitucional do contraditório não se aplica na fase do inquérito policial;

Em regra, o processo criminal em sentido amplo é formado por três atuações distintas: autoridade policial (realização do inquérito policial); Ministério Público (recebe o inquérito policial e, se for o caso, oferece a denúncia); Poder Judiciário (que, ao aceitar a denúncia, dá início à fase judicial do processo, ao processo criminal propriamente dito).

Dentro dessa realidade, o inquérito policial afigura-se como mera fase investigatória, preparatória para a acusação. É um mero procedimento investigatório, de natureza administrativa, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, que é o Ministério Público. Por isso, entende o Supremo Tribunal Federal que na fase do inquérito policial não há que se falar em garantia constitucional do contraditório ao agente, não estando o Estado obrigado a colocar à sua disposição assistência judiciária. Segundo o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do processo criminal, o contraditório e a ampla defesa só são obrigatórios (e inafastáveis) na fase judicial do processo.

e) não ofende o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa o interrogatório realizado por autoridade policial sem a presença de advogado;

É válido o interrogatório realizado pela autoridade policial sem a presença de advogado, justamente porque, como vimos no item precedente, o contraditório não é uma garantia constitucional obrigatória durante a fase do inquérito policial.

f) é nula a sentença penal condenatória proferida com base exclusivamente em fatos narrados no inquérito policial;

As provas levantadas no inquérito policial devem ser discutidas em juízo, para que possam servir de embasamento à sentença penal condenatória. E a razão é muito simples: se no inquérito policial não é obrigatória a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e se estes são garantias constitucionais inafastáveis do indivíduo, há que se rediscutir as provas em juízo, para que então sejam outorgadas tais garantias ao indivíduo.

Evidentemente, a prova colhida no inquérito policial poderá servir de base à condenação se os fatos apurados na instrução judicial a corroboram ou não a contradizem (STF, HC 73.513/SP). O que não se admite é a condenação com base exclusivamente nas conclusões do inquérito policial, sem uma apreciação judicial, com a conseqüente garantia do contraditório e ampla defesa ao acusado.

g) no processo administrativo, a sindicância preparatória para a abertura do processo administrativo disciplinar (PAD) não deve obediência ao princípio do contraditório e ampla defesa;

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a sindicância, enquanto medida preparatória para o processo administrativo disciplinar, não observa o princípio do contraditório e ampla defesa, sendo válido o ato de demissão de servidores públicos sem a oitiva destes perante a comissão de sindicância. Isso porque, segundo o tribunal, concluindo a sindicância pela abertura do PAD, neste sim será obrigatória a notificação dos servidores envolvidos, para o fim de assegurar-lhes o acompanhamento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador.

h) no caso de sindicância para a apuração de falta disciplinar praticada por detento (tentativa de fuga, por exemplo), é imprescindível a assistência de advogado, porquanto a eventual condenação disciplinar importa efeitos penais como, por exemplo, a perda do tempo remido (STF, HC 77.862/SP).

i) configura cerceamento de defesa a juntada no processo-crime de certidão de antecedentes criminais sem que se dê oportunidade para a defesa se manifestar (HC 76.985/SP);

j) é nula a punição disciplinar (ainda que mera advertência) de servidores públicos não precedida de sindicância, nem de processo administrativo, que lhes permita o exercício do direito de defesa (MS 22.789/RJ).

2) DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA

A Constituição Federal prescreve que a “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF, art. 5º, XXXVI).

Como se vê, essa limitação tenciona obstar os efeitos maléficos das leis retroativas sobre a esfera do indivíduo, que já tiver consolidadas, na vigência da lei pretérita, determinadas relações jurídicas.

Portanto, trata-se de direito de defesa do indivíduo, em face de uma nova lei, que prejudicaria situações já consolidadas sob a vigência da lei pretérita. Então, por óbvio, essa garantia não impede que o Estado legisle retroativamente, em qualquer tipo de lei, desde que favoravelmente ao indivíduo. O que esse dispositivo veda é a ação do Estado em desfavor do indivíduo, afrontando, numa lei nova, situações perfectibilizadas na vigência da lei antiga.

A doutrina conceitua direito adquirido como aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação debaixo da lei velha, de sua época. Cumpridos todos os requisitos para a satisfação de um direito sob a vigência da lei que os exige, protegido estará o indivíduo de oscilações futuras, provocadas por nova lei, que traga um novo tratamento à matéria (que lhe seja desfavorável, por óbvio).

Por exemplo: se a Lei “X” exige 20 anos de contribuição para a aposentadoria, e se José completou esses 20 anos de contribuição sob a vigência da Lei “X”, a lei “Y”, posteriormente editada, que passe a exigir 30 anos de contribuição para a mesma aposentadoria não poderá prejudicar-lhe. José está amparado pela proteção do direito adquirido, ainda que não tenha requerido a aposentação.

O ato jurídico perfeito representa um *plus*, um adicional ao direito adquirido, especialmente quando se trata da realização de um contrato. Um contrato devidamente celebrado faz ato jurídico perfeito, insuscetível de ser prejudicado por lei superveniente.

Exemplo: na situação antes descrita (aposentação de José), se José já tivesse, além de adquirido seu direito à aposentadoria, dado entrada no seu pedido, sendo este deferido, com a conseqüente concessão e publicação de sua aposentação, José estaria agora coberto, também, pelo ato jurídico perfeito. Enfim: o cumprimento dos requisitos para a aposentadoria configura direito adquirido; a concessão efetiva da aposentadoria, o ato de aposentação, caracteriza o ato jurídico perfeito.

Importante destacar que a proteção constitucional não alcança a chamada “mera expectativa de direito”, quando a lei nova alcança o indivíduo preste a concretizar (mas ainda não concretizados) os requisitos para a satisfação do direito.

Exemplo: na hipótese citada anteriormente (aposentadoria de José), se a Lei “Y” fosse publicada quando José tivesse contribuído para a previdência durante apenas 15 anos, esta lei poderia afetar sua situação, pois ele estaria diante de uma mera expectativa de direito (e não de direito adquirido, que somente dar-se-ia se completados os 20 anos de contribuição na vigência da Lei “X”).

A coisa julgada, todos sabem, é a decisão judicial irrecorrível, contra a qual não caiba mais recurso. É aquela que se dá no âmbito de um processo judicial, por tornar-se inimpugnável, imutável.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

- a) a proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito aplica-se a toda e qualquer lei no direito brasileiro, seja de ordem privada, seja de ordem pública;
- b) não há direito adquirido contra o texto de uma constituição, resultante de obra do poder constituinte originário;
- c) não há direito adquirido contra mudança do padrão monetário do país (mudança da moeda);
- d) não há direito adquirido contra regime jurídico, inclusive regime jurídico dos servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou, sob a égide da atual Carta, os efeitos de uma emenda à constituição sobre o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. A título de informação, sob a égide da Constituição passada, a posição do Tribunal era unânime, no sentido de que “não há direito adquirido contra o poder constituinte, originário ou derivado”.

Entretanto, essa antiga posição do Tribunal não me parece seja hoje aceita pela maioria dos Ministros daquele Pretório Excelso. Em diversos julgados, alguns Ministros já manifestaram no sentido de que referida orientação deve, pelo menos, ser objeto de nova discussão, em face da promulgação da atual Constituição.

Na doutrina, embora haja vozes respeitáveis nos dois sentidos, a meu ver, a orientação dominante é no sentido de não se permitir à emenda constitucional a violação do direito adquirido.

3) PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

Reza a Constituição Federal (art. 5º, LXVII):

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

Esse dispositivo estabelece a regra geral no nosso sistema, que é a inexistência de prisão civil por dívida, permitindo-a apenas em duas hipóteses excepcionais:

- a) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia;
- b) depositário infiel.

A respeito da obrigação alimentícia, cabe apenas ressaltar dois aspectos:

1º) só dá azo à prisão civil o inadimplemento voluntário e inescusável, aquele em que o alimentante, voluntariamente e sem escusa, decide pelo não pagamento da pensão; se o não pagamento se der em razão de um motivo de força maior (o desemprego, por exemplo), não há que se falar em prisão do devedor;

2º) segundo o Supremo Tribunal Federal, a prisão civil não é meio de coação para o pagamento de parcelas vencidas de pensão alimentícia, acumuladas por inércia do credor.

O argumento nesse caso, bastante razoável, é de que se o credor, diante do não pagamento da pensão alimentícia, permanece inerte (não pleiteia a prisão do devedor, de imediato), a dívida acumulada perde a sua natureza de “alimentos” (de indispensabilidade), passando a ser uma mera dívida de natureza civil, um mero ressarcimento de despesas já efetuadas, somente executável pelos meios ordinários. Segundo o STF, a partir dos 90 (noventa) dias de atraso, a dívida já perderia seu caráter alimentar.

A figura do depositário infiel surgiu a partir do contrato de depósito, originário do direito privado, em que uma pessoa (o depositante) deixa determinado bem sob a custódia de outra (o depositário), sob a condição de que quando aquele decidir pela retirada do bem este o devolverá, nas condições acertadas entre as partes. Posteriormente, se o depositante vai retirar o bem, e não o encontra na posse do depositário, este se coloca na situação de depositário infiel, podendo ser determinada sua prisão civil.

A partir dessa figura (do depositário, no contrato de depósito), surgiram dúvidas a respeito de outros ajustes em que o indivíduo, numa situação similar, desaparecia injustificadamente com o bem de outrem. Havia grande controvérsia se tais indivíduos, mesmo não sendo parte de um típico contrato de depósito, poderiam ou não ser presos civilmente, com fundamento no art. 5º, LXVII, da Lei Maior.

O caso típico é o contrato de alienação fiduciária em garantia, em que o indivíduo contrai uma dívida para a aquisição de um bem (um veículo financiado, por exemplo) e deixa em garantia o próprio bem, mediante a celebração do ajuste de fidúcia. Nesse contrato, obriga-se o devedor ao regular pagamento das prestações da dívida, sob pena de o bem poder vir a ser objeto de arresto para venda, com o fim de quitar as prestações devidas. Tornando-se inadimplente o devedor, e se o credor sai em busca do bem e não o encontra na posse do devedor? Caracterizaria essa situação a figura do depositário infiel, para o fim de aplicação da regra constitucional de prisão civil?

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que sim, isto é, de que é constitucional a prisão do devedor no contrato de alienação fiduciária, se o bem não é encontrado em sua posse, salvo motivo de força maior (o furto, por exemplo, afastaria a prisão).

Entretanto, decidiu o Tribunal que essa prisão não pode ser estendida a terceiro a quem, por conluio fraudulento, foi transferido o bem objeto da alienação fiduciária.

Na esteira dessa orientação, decidiu também o Supremo Tribunal Federal que:

- a) é lícita a prisão civil do depositário infiel no penhor mercantil;
- b) é lícita a prisão civil do depositário infiel no penhor agrícola;
- c) é lícita a prisão civil do depositário infiel mesmo em se tratando de bem imóvel.

EXERCÍCIOS.

- 1) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a garantia do contraditório e ampla defesa alcança somente o indivíduo que se encontre, num processo administrativo ou judicial, na situação de acusado.
- 2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma das decorrências do princípio da ampla defesa é a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição ao indivíduo.
- 3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a denúncia vaga no processo criminal é nula, por afrontar o princípio da ampla defesa.
- 4) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não ofende o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa o interrogatório realizado por autoridade policial sem a presença de advogado.
- 5) É nula a punição disciplinar de servidor público não precedida de sindicância, nem de processo administrativo, que lhes permita o exercício do direito de defesa.
- 6) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a proteção do direito adquirido não se aplica às leis de ordem pública, que têm aplicação imediata.
- 7) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o servidor público pode invocar direito adquirido em face de seu regime jurídico.
- 8) Segundo a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido em face de emenda à Constituição.
- 9) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido contra mudança de moeda.
- 10) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é constitucional a prisão do devedor no contrato de alienação fiduciária, se o bem não é encontrado em sua posse.

GABARITO:

1E 2E 3C 4C 5C 6E 7E 8E 9C 10C

AULA 59: REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vimos nas aulas precedentes comentários aos principais direitos fundamentais positivados pela nossa Constituição. Acredito que tenhamos estudado todos aqueles que são relevantes para concurso, que têm sido mais cobrados pelas bancas examinadoras, em razão das interpretações jurisprudenciais e doutrinárias existentes.

Na aula de hoje e na da próxima semana estudaremos o chamado “regime jurídico dos direitos fundamentais”, isto é, o conjunto de regras aplicáveis aos direitos fundamentais, aqueles traços comuns que os caracterizam.

1) CONCEITO

Entende-se por direitos fundamentais os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas, naturais ou coletivas, que estão assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material.

Diz-se que uma determinada norma garante um direito subjetivo quando o titular de um direito tem, em face do seu destinatário, o direito a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato.

Desse modo, os direitos fundamentais representam, em regra, um direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado: o indivíduo, detentor do direito, pode exigir do Estado a situação constitucionalmente prevista, e o Estado tem o dever de zelar pela sua efetivação.

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais nas modernas Cartas, o indivíduo, a pessoa, o homem, passou a ser considerado como ponto central da titularidade dos direitos constitucionais. Por isso, os direitos fundamentais são hoje apontados como “essência” de uma Constituição, razão pela qual são hoje gravados como cláusula pétrea pela maioria das Constituições do mundo, como núcleo insuscetível de modificação pelo poder constituinte de reforma.

2) CONCEPÇÃO CLÁSSICA: DIREITOS DE DEFESA

Os direitos fundamentais surgiram como uma limitação imposta à ingerência do Estado na esfera individual do cidadão. Assim, as primeiras normas consagradoras dos direitos fundamentais eram de natureza negativa, pois limitavam-se a exigir uma obrigação de “não fazer” por parte do Estado.

Por esse motivo, os direitos fundamentais são tradicionalmente conceituados como “direitos de defesa” do particular em face do Estado, vale dizer, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa do particular frente ao Estado.

Em suma: os direitos fundamentais surgiram como normas que visavam a restringir a atuação do Estado, exigindo deste uma atuação negativa, em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio de liberdade individual frente à ação estatal.

E ainda hoje, de fato, a maioria dos direitos fundamentais, especialmente os de primeira e segunda gerações, ainda tem essa feição: a exigência de uma prestação negativa por parte do Estado. É o caso do habeas corpus (o Estado NÃO violará o direito de locomoção do indivíduo); do mandado de segurança (o Estado NÃO agirá com ilegalidade ou abuso de poder) etc.

3) CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA: ATUAÇÃO POSITIVA DO ESTADO

O constitucionalismo contemporâneo, sem abandonar a visão clássica dos direitos fundamentais como direitos de defesa, tem alargado as funções desses institutos.

Nas constituições modernas, os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também como meio de exigência de uma atuação estatal positiva, voltada para a satisfação dos interesses individuais e coletivos.

Com isso, as normas consagradoras desses direitos no texto constitucional deixaram de ter, exclusivamente, cunho restritivo, de exigência de um agir negativo por parte do Estado. Certas normas passaram a ser impositivas, exigindo uma conduta estatal comissiva (prestações positivas).

Na nossa atual Constituição temos alguns direitos fundamentais que já exigem uma conduta positiva, uma prestação positiva, um “fazer”, por parte do Estado. É o caso, por exemplo, do inciso XXXII do

art. 5º, que determina que o Estado promoverá a defesa do consumidor; do inciso LXXIV do mesmo artigo, que reza que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Nessas situações, a Constituição não está exigindo apenas um “não fazer” por parte do Estado; ao contrário, está a exigir uma atuação positiva dos órgãos estatais.

4) CLASSIFICAÇÃO

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em três gerações: direitos de primeira, segunda e terceira gerações.

Os direitos de primeira geração são aqueles que buscam valorizar o homem, assegurando-lhe o direito à **liberdade** na vida civil e política do Estado. São os direitos e garantias individuais clássicos, há mais tempo reconhecidos ao homem (direitos civis e políticos).

Os direitos de segunda geração acentuam o princípio da **igualdade** entre os indivíduos, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos foram reconhecidos no início do século, especialmente com o surgimento dos direitos sociais (direito ao trabalho, previdência social, amparo à doença etc.).

Os direitos de terceira geração realçam o princípio da **fraternidade**, visando a proteger a coletividade, a todo o gênero humano, de modo subjetivamente indeterminado, e não especificamente os interesses de um indivíduo identificado em sua singularidade. Representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes ou futuras, que têm direito à proteção da integridade dos bens de uso comum do povo. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à paz, ao progresso etc.

Como se vê, os direitos de primeira, segunda e terceira gerações acentuam os ideais clássicos da Revolução Francesa: liberdade (primeira geração), igualdade (segunda geração) e fraternidade (terceira geração).

Essa classificação dos direitos fundamentais não significa, evidentemente, que tenha havido uma sucessão, uma substituição de uns direitos por outros. Evidencia, na verdade, tão-somente uma ordem histórica cronológica em que tais direitos passaram a ser reconhecidos, acrescidos nos diversos textos constitucionais.

5) DESTINATÁRIOS

No tocante ao âmbito da titularidade dos direitos fundamentais, as constituições contemporâneas têm adotado o chamado **princípio da universalidade**.

Significa dizer que, regra geral, os direitos e garantias fundamentais são outorgados a todas as pessoas da comunidade política, ao povo, sem distinção de qualquer natureza.

Tradicionalmente, o indivíduo, a pessoa, o ser humano, era o destinatário dos direitos fundamentais. Atualmente, essa proteção - antes voltada precipuamente para a proteção do indivíduo, do ser humano - salvaguarda também direitos das pessoas coletivas (pessoas jurídicas).

Embora o centro dos direitos fundamentais continue sendo o homem, pessoa natural, há um consenso atualmente de que eles também alcançam as pessoas jurídicas. Vale dizer, podem as pessoas jurídicas ser titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com sua natureza.

Evidentemente, afirmar que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direito fundamental não significa que todos os direitos fundamentais são a elas extensíveis. Existem direitos fundamentais que, pela sua própria natureza, não podem ser direitos das pessoas coletivas, como o direito à vida, à constituição da família, ao casamento etc. Mas existem outros que não são propriamente do homem, individualmente considerado, como cidadão de “carne e osso” (Canotilho), mas que se destinam às pessoas jurídicas.

Enfim, as pessoas jurídicas gozam dos direitos fundamentais que não pressupõem características intrínsecas do homem, como a liberdade de imprensa, liberdade de profissão, liberdade de associação etc.

Finalmente, cabe esclarecer que a aplicação do princípio da universalidade em relação aos destinatários dos direitos fundamentais não significa que a Constituição não possa, em relação a

alguns deles, restringir o seu exercício a certas categorias de pessoas, por meio da exigência de cumprimento de certos requisitos. Assim, por exemplo, o habeas corpus é direito fundamental tipicamente universal, já que qualquer pessoa pode dele se valer contra ilegalidade no direito de locomoção; já a ação popular, outro direito fundamental, só pode ser proposta pelo cidadão (o princípio, na ação popular, deve ser enxergado como universal entre os cidadãos, apenas).

6) PESSOAS PÚBLICAS

Se é certo que há um consenso sobre a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas privadas, o mesmo não ocorre quando se discute se uma pessoa jurídica de direito público (a União, uma autarquia, por exemplo) pode ser titular de direito fundamental.

Isso porque, como vimos, na sua concepção clássica, a natureza dos direitos fundamentais representa um **direito do particular em face dos poderes públicos**, não sendo cabível, pois, que o próprio Poder Público seja titular de direitos fundamentais no exercício de suas atribuições públicas.

Ademais, argumenta-se que seria incompatível considerar o Estado (e suas entidades de direito público) como destinatários dos direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, como titular dos mesmos direitos fundamentais.

Entretanto, a doutrina majoritária não vê maiores restrições ao reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, desde que compatíveis com sua natureza. Nada impede que uma pessoa jurídica de direito público se coloque em determinadas situações de típica sujeição - e não de poder, de superioridade. Nessas situações, afigura-nos plenamente legítima a invocação de direito fundamental por tais pessoas públicas. Direitos fundamentais como a autonomia política e financeira são plenamente compatíveis com a natureza desses entes públicos.

Enfim, embora a regra numa relação jurídica de direito fundamental seja o Estado ocupar o pólo passivo, há hipóteses em que entes públicos (entidades públicas e até mesmo órgãos públicos despersonalizados) poderão figurar também no pólo ativo, como titulares de determinados direitos fundamentais.

7) RELAÇÕES PRIVADAS

Outra questão controvertida na doutrina é a vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais, no que tange às suas relações particulares.

Os direitos fundamentais vinculam ou não as relações entre “cidadão-cidadão”, “indivíduo-indivíduo”? As normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (naturais ou jurídicas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos particulares?

Cuida-se, aqui, da verificação da aplicação dos direitos fundamentais às chamadas “relações horizontais”, entre particulares (em contraposição às relações verticais, entre o indivíduo e o Estado).

O direito constitucional contemporâneo tem reconhecido o alargamento da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. Essa tendência - produção de efeitos não apenas verticais (do particular frente ao Estado), mas também horizontais (entre particulares) - nos parece plenamente compatível com a nossa Carta Política.

Suponha que uma empresa privada no Brasil, ao celebrar um contrato de trabalho, exija do empregado que ele assine cláusula na qual renuncie expressamente a qualquer atividade partidária e à filiação a sindicato. Esse contrato, no que tange a tal cláusula, será absolutamente nulo, por ofensa a direito fundamental do trabalhador.

Se numa convenção de um partido político, destinada a escolher os candidatos desse partido às eleições parlamentares, houver deliberação excluindo a participação de indivíduo de raça negra do pleito, sob o argumento de que ele não teria chance de ser eleito em razão de sua cor, o princípio da igualdade, direito fundamental do cidadão, estará sendo violado.

Da mesma forma, se os acionistas de uma sociedade comercial estipularem no seu estatuto social, por unanimidade, que as divergências havidas entre eles serão resolvidas *interna corporis*, sem possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, essa regra seria de indiscutível inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da inafastabilidade de jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Enfim, o constitucionalismo contemporâneo caminha no sentido do reconhecimento da força obrigatória dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares, atuando o Estado com vistas a impedir que a livre atuação dos indivíduos e das forças sociais possa criar coações incompatíveis com a autodeterminação de outros indivíduos e de outras forças sociais.

Como leciona o professor português Jorge Miranda,

“O respeito da liberdade de todos os membros da comunidade política tem que ver não somente com as entidades públicas como também com todos esses membros, uns perante os outros, pelo menos quando haja relações de desigualdade ou de dependência, importa que uns respeitem a personalidade dos outros para que possam todos conviver”.

EXERCÍCIOS.

- 1) Pessoas jurídicas de direito público podem invocar certos direitos fundamentais previstos no capítulo da Constituição relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos.
- 2) Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, como são conhecidos, sucederam-se historicamente, de maneira que os direitos fundamentais de primeira geração hoje não são mais aplicados.
- 3) Historicamente, os direitos que hoje se conhecem como fundamentais surgiram como limitações à ingerência abusiva do Estado na esfera individual; esses direitos, essencialmente ligados à defesa da liberdade, são o que atualmente se denomina direitos de primeira geração (ou de primeira dimensão).
- 4) Os direitos fundamentais de primeira geração estão associados à liberdade; os de segunda, à igualdade; os de terceira, à fraternidade.
- 5) Pessoas jurídicas de direito público podem invocar certos direitos fundamentais previstos no capítulo da Constituição relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, como o direito à impetração de mandado de segurança.
- 6) Pessoas jurídicas, inclusive de direito público, podem ser titulares de direitos fundamentais.
- 7) Segundo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, os direitos fundamentais não têm aplicação às relações privadas.
- 8) É pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais não têm aplicação às relações entre particulares.
- 9) Em regra, as normas consagradoras dos direitos fundamentais são de cunho negativo, funcionando como direito de defesa e autonomia do particular frente aos órgãos estatais.
- 10) Na Constituição Federal de 1988 temos direitos fundamentais que exigem uma atuação positiva por parte dos órgãos estatais.
- 11) Os chamados direitos fundamentais de terceira geração têm por precípua preocupação os bens e valores jurídicos da coletividade, enquanto os de primeira e segunda gerações têm no indivíduo o seu foco principal de proteção.
- 12) Embora a regra numa relação jurídica de direito fundamental seja o Estado ocupar o pólo passivo, há hipóteses em que pessoas públicas poderão ser titulares de determinados direitos fundamentais.

GABARITO:

1C 2E 3C 4C 5C 6C 7E 8E 9C 10C 11C 12C

AULA 60: REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (parte 2)

Iniciamos na semana passada os comentários ao chamado “regime jurídico dos direitos fundamentais”, tema que concluirei hoje abordando outros traços a eles comuns.

8) SUJEIÇÃO ATIVA E PASSIVA

Conforme vimos, os direitos fundamentais, na sua concepção tradicional, eram tidos como “direitos de defesa” do particular frente ao Estado. Portanto, sob essa ótica, tínhamos sempre numa relação jurídica de direito fundamental o particular no pólo ativo, como o titular do direito, e o Estado no pólo passivo.

Entretanto, na atualidade, podemos ter variações na sujeição ativa ou passiva dos direitos fundamentais, em virtude da sua reconhecida multifuncionabilidade. Nada impede, como já vimos, que pessoas públicas estatais sejam titulares de direitos fundamentais (hipótese em que o Estado estaria ocupando o pólo ativo), bem assim que pessoas privadas venham a ocupar o pólo passivo (num habeas corpus impetrado contra ato de um particular, por exemplo).

9) CONFLITO

A Constituição de um Estado surge como resultado de um pacto entre vários valores sociais, idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até mesmo antagônicos ou contraditórios. Na nossa Constituição, por exemplo, valores conflitantes como o da propriedade, da exigência do cumprimento da função social da propriedade, da desapropriação e até mesmo da expropriação receberam, igualmente, atenção do legislador constituinte.

Embora seja verdade que a Constituição tenha por intuito retratar um consenso fundamental do Estado, não tem ela, por óbvio, o condão de apagar todo o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes à celebração do referido pacto. Eventuais choques de valores sempre existirão, e isso em nada desnatura o Estado Democrático de Direito; ao contrário, faz florescer e amadurecer a democracia.

Nessa esteira é que devemos enxergar, como fato juridicamente aceito, a existência de conflitos entre princípios constitucionais.

Diz-se que há um conflito entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Por exemplo: o exercício pelo indivíduo “A” do direito à liberdade de criação artística colide com o direito fundamental à privacidade e à intimidade do indivíduo “B”.

Ocorrendo conflito entre princípios constitucionais num caso concreto, deve ser arredada, de pronto, a idéia da existência de hierarquia entre eles, que autorizaria a aplicabilidade integral de um deles (“direito hierarquicamente superior”), aniquilando em sua totalidade o outro (“direito hierarquicamente inferior”). Se adotada essa orientação, estaríamos implicitamente admitindo a existência de princípios “absolutamente incompatíveis” dentro do texto da Lei Maior, o que é inadmissível, pois restaria destruída sua unidade normativa (princípio da unidade da Constituição).

Nessas situações, o importante é ter em conta que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, de antagonismo absoluto, mas sim a uma lógica de coexistência, ainda que conflitual. É caso para, consideradas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer-se um juízo de ponderação e concordância prática, buscando a harmonização dos valores constitucionais conflitantes.

Há necessidade, nesses casos, da aplicação da técnica de **ponderação** de bens e direitos, a fim de se obter, ao final, uma harmonização entre os vários bens ou direitos constitucionalmente protegidos.

Os direitos fundamentais são direitos de mesmo valor, de mesma força jurídica, mas se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., que o julgamento público do indivíduo põe em risco seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada pode justificar, num dado caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. Dir-se-ia que o direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal.

Enfim, a solução para o conflito entre direitos fundamentais deve ter por princípio a ponderação/harmonização de valores, e, no caso de isto ser necessário, na prevalência, que só diante do caso concreto se poderá elaborar, pois somente nessas circunstâncias é legítimo dizer que um

direito tem mais peso do que outro (ou, mais propriamente, que um direito prefere outro, dadas as circunstâncias do caso concreto).

10) CARÁTER NÃO ABSOLUTO

O Estado Democrático de Direito refuta a idéia de direitos constitucionais absolutos, a serem exercidos isoladamente, sem preocupação com outras liberdades constitucionalmente asseguradas.

A necessidade de convivência entre os diferentes valores constitucionalmente protegidos exige o que se chama de ponderação no exercício dos direitos fundamentais. Explica-se: se por um lado a Constituição garante a inviolabilidade das comunicações telefônicas, por outro, o exercício dessa garantia deve ser harmonizado com outros valores constitucionalmente protegidos, como o direito à vida, à integridade física etc. Se houver o cometimento de um crime contra um desses outros valores constitucionais, há que se relativizar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, a fim de que sejam apuradas provas para a punição do infrator.

Vários são os exemplos que ilustram essa necessidade de relativização dos direitos fundamentais: se por um lado a Constituição assegura a liberdade de imprensa, sem censura prévia, por outro resguarda a privacidade e a intimidade da pessoa, deixando assente que o exercício daquele direito fundamental não poderá implicar lesão a este.

Se por um lado a Constituição assegura ao indivíduo o sigilo das correspondências, essa proteção não é absoluta, e deve conciliar-se com outros valores constitucionalmente protegidos, como o direito à vida, à integridade física etc. Em face dessa necessidade de convivência (relativização), não será ilícita a violação da correspondência do seqüestrador etc.

Atualmente, portanto, está completamente superada a idéia da existência de direitos fundamentais de caráter absoluto, que não possam em hipótese alguma ser excepcionados em função da necessidade de observância de outros valores também constitucionalmente assegurados.

11) RESTRIÇÕES

A necessária relativização dos direitos fundamentais abre espaço para que o legislador ordinário venha a impor limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Podemos afirmar que existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito constitucional é direta ou indiretamente limitado através de lei. Enfim, há uma restrição legal a um direito fundamental sempre que uma lei diminui ou limita o seu campo de proteção.

A depender da natureza da autorização conferida pela Constituição ao legislador ordinário para que este venha a atuar na restrição dos direitos fundamentais, temos diferentes tipos de restrições.

Primeiramente, há que se deixar claro que não se exige uma autorização expressa na Constituição para que referido direito constitucional venha a ser restringido pela lei. Por exemplo: a Constituição Federal ao disciplinar o direito fundamental de greve dos trabalhadores (CF, art. 9) remeteu à lei a definição dos serviços inadiáveis da comunidade e dispôs que os abusos serão punidos na forma da lei. Está aí expressa, às claras, a possibilidade de o Poder Público vir a disciplinar e estabelecer limites ao exercício do direito de greve pelos trabalhadores.

Entretanto, ainda que o constituinte, ao assegurar o direito de greve dos trabalhadores, nada tivesse dito a respeito do atendimento dos serviços inadiáveis da comunidade e da punição daqueles que abusassem do direito, a possibilidade de o Poder Público disciplinar e estabelecer tais restrições seria indubitosa. Isso porque, obviamente, num Estado Democrático de Direito não se admite a violência, tampouco o desrespeito a outros bens e valores constitucionalmente assegurados. O direito de greve, de uma forma ou de outra, há que ser exercido de maneira legítima, sem abuso e lesão a outros valores constitucionalmente protegidos, como o direito à propriedade, à liberdade de expressão, ao livre exercício de atividade econômica etc.

A partir dessa noção, podemos identificar os seguintes tipos de restrições aos direitos fundamentais:

a) Restrições imanentes ou implícitas: são limites constitucionais não escritos, cuja existência é reconhecida pela necessidade de resolução de conflitos de direitos e bens;

Conforme dito antes, ainda que a Constituição não admitisse expressamente limites ao direito de greve dos trabalhadores, justificar-se-iam certas restrições impostas pela lei, a fim de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

b) Restrições diretas ou imediatas: são limites diretamente estabelecidos pela própria constituição;

Por exemplo: a Constituição Federal ao permitir o direito de reunião já estabelece, imediatamente, ela própria, que a reunião há de ser pacífica e sem armas (CF, art. 5, XVI); ao assegurar o direito de associação, só o permite para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (CF, art. 5, XVII) etc.

c) Restrições legais simples;

A reserva legal simples ocorre quando a Constituição limita-se a estabelecer que eventual restrição do legislador ordinário seja prevista em lei. São exemplos os incisos VI ("na forma da lei"), VII ("nos termos da lei") e XV ("nos termos da lei"), ambos do art. 5º da CF. Anote-se que nesses casos, a única exigência imposta pelo texto constitucional para que ocorra a restrição é que esta seja veiculada em lei.

d) Restrições legais qualificadas;

A reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição, além de exigir seja a restrição prevista em lei, estabelece, também, as condições ou os fins que devem ser perseguidos pela norma restritiva. Exemplo típico é o inciso XII do art. 5º da CF, que trata do sigilo das correspondências e das comunicações.

Observe que essa norma constitucional autoriza que a lei venha a estabelecer hipóteses para a violação das comunicações, restringindo o direito fundamental à inviolabilidade. Porém, a própria Constituição já indica os fins a serem seguidos pelo legislador ordinário ao estabelecer tais restrições: somente poderá haver limitação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A Constituição qualifica a restrição: qualquer outra hipótese de restrição que não atenda a esses fins, ainda que prevista em lei, será inconstitucional.

12) LIMITES DOS LIMITES

A teoria dos "limites dos limites" tem por função verificar se a lei restritiva de direito fundamental preenche os requisitos constitucionalmente fixados. Surgiu essa teoria a partir da premissa de que os direitos fundamentais não são passíveis de ilimitada limitação ou restrição.

Os "limites dos limites" nada mais são do que o reconhecimento de que as leis que limitam os direitos fundamentais não têm campo ilimitado, ficando, também, sujeitas a limites. Enfim, o poder de limitar os direitos fundamentais também está sujeito a limites. Ou, mais propriamente, a "teoria dos limites dos limites" designa os limites estabelecidos, expressa ou implicitamente, pela constituição às leis limitativas de direitos constitucionais.

Esses limites podem ser de índole formal (exigência de lei formal para a restrição, por exemplo) ou material (obediência ao princípio da proporcionalidade, por exemplo). Podem, ainda estar expressamente contidos em regras da própria constituição, ou implicitamente presentes em seus princípios.

Segundo a teoria dos limites dos limites, as leis restritivas de direitos fundamentais devem obedecer, entre outros, aos seguintes requisitos (limites):

a) Exigência de proteção do núcleo essencial do direito fundamental;

Existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado (Canotilho).

A proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais repousa no princípio da supremacia da Constituição, que a coloca como Lei Maior do Estado. A preocupação com a manutenção do núcleo essencial tem por fim evitar o completo aniquilamento do conteúdo do direito fundamental, mediante o estabelecimento de restrições exageradas, desnecessárias, descabidas e desproporcionais.

Se fosse admitida a imposição de restrições ilimitadas aos direitos fundamentais por parte do legislador, ter-se-ia um completo esvaziamento da força vinculante do princípio da supremacia da Constituição sobre o legislador, pois este poderia alterar completamente o âmbito de proteção daqueles direitos.

b) Exigência de que a lei restritiva seja clara e precisa;

Essa exigência visa a resguardar o princípio da segurança jurídica, assegurando ao cidadão atingido pela restrição o pleno conhecimento da nova situação jurídica e das consequências dela decorrentes.

c) Exigência de que a lei restritiva seja abstrata, genérica, não casuística;

Essa exigência deriva do princípio da igualdade, que veda ao legislador a edição de leis discriminatórias ou arbitrárias, que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito. Se o legislador, ao restringir um certo direito fundamental, o fizer por meio de lei arbitrária ou discriminatória, afrontado estará o princípio da igualdade e, em consequência, nula será tal restrição, por inconstitucionalidade. Se a lei é de natureza concreta, com destinatários determinados ou determináveis, estará também violando o princípio da igualdade, por meio da imposição arbitrária de encargos a uns cidadãos em relação aos outros.

d) Exigência de que a lei restritiva obedeça ao princípio da proporcionalidade (da razoabilidade ou da proibição de excesso)

Qualquer restrição aos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

Não basta que a lei restritiva atenda a todas as exigências formais para sua edição. Faz-se necessário, também, que ela seja compatível com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, atendendo aos requisitos da adequação, necessidade e razoabilidade.

Se a lei restritiva de direitos constitucionais contiver limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais deverá ser pronunciada sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

13) RENÚNCIA

A doutrina tradicional considerava os direitos fundamentais absolutamente inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

O constitucionalismo contemporâneo, porém, tem desenvolvido a idéia de relativização dos direitos fundamentais, admitindo-se, em certas situações excepcionais, a renúncia a direito fundamental.

Embora não haja consenso doutrinário sobre o assunto, parece-nos que algumas conclusões podem ser apontadas:

a) a doutrina clássica, que considerava os direitos fundamentais absolutamente irrenunciáveis pelo seu titular, vem sendo substituída por uma nova orientação, que admite a referida renúncia em situações excepcionais;

b) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis;

c) o núcleo substancial dos direitos fundamentais é irrenunciável;

d) a renúncia voluntária ao exercício de um direito fundamental é admitida, desde que num caso concreto (a renúncia geral de exercício é inadmissível).

14) APLICABILIDADE IMEDIATA

Embora o § 1º do art. 5º estatua que as normas garantidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, o fato é que temos direitos fundamentais, inclusive de natureza individual, que provêm de normas não exeqüíveis, que são carecedores de lei regulamentadora a concretizá-los.

Essa intervenção legislativa é mais necessária no tocante aos direitos sociais, mas também há direitos individuais cuja concretização não se faz, ou não se faz plenamente, sem lei regulamentadora.

A regra, porém, é a aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º).

15) NATUREZA NÃO EXAUSTIVA

O Capítulo I do Título II da Constituição Federal versa sobre os "direitos e deveres individuais e coletivos", ao longo dos setenta e sete incisos do artigo 5º, por vezes bem extensos. Não esgota, no entanto, a matéria e nem sequer a enumeração dos direitos fundamentais.

Significa dizer que há (ou pode haver) normas de direito ordinário, interno ou internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.

A natureza não exaustiva da enumeração do art. 5º está expressa no próprio texto constitucional, ao estatuir que os direitos e garantias expressos na Carta Política não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º).

Enfim, não temos no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais, a enumeração é aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento.

Considerando essa possibilidade de existência de direitos fundamentais fora do texto da Constituição, temos a dicotomia entre direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais materialmente constitucionais.

Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são todos aqueles que estão consignados em quaisquer normas da Constituição formal.

Os direitos fundamentais materialmente constitucionais são aqueles não enumerados expressamente no texto da Constituição, por serem decorrentes das leis e dos tratados internacionais.

Os direitos fundamentais formalmente constitucionais, por sua vez, subdividem-se em dois grupos: os direitos fundamentais catalogados e os direitos fundamentais fora do catálogo.

Os direitos fundamentais catalogados são todos aqueles enumerados no capítulo próprio da Constituição, destinado aos direitos fundamentais.

Na vigente Constituição, o Título II constitui o chamado catálogo dos direitos fundamentais. Os direitos ali arrolados, por integrarem o texto formal da nossa Constituição e por estarem inseridos no Capítulo próprio, são denominados *direitos fundamentais formalmente constitucionais catalogados*.

Os direitos fundamentais fora do catálogo são todos aqueles que, embora previstos expressamente na Constituição, não foram dispostos no capítulo próprio dos direitos fundamentais, encontrando-se dispersos ao longo do texto da Carta Política.

O art. 225 da Constituição, que cuida da proteção ao meio ambiente, típico direito fundamental de terceira geração, constitui exemplo de direito fundamental formalmente constitucional fora do catálogo.

Importante destacar que os direitos fundamentais materialmente constitucionais (aqueles que não estão expressos na Constituição, que poderão vir a ser previstos em leis e tratados internacionais), embora desempenham, em face do indivíduo, uma função substancialmente análoga, não se beneficiam das garantias inerentes aos direitos formalmente reconhecidos, especialmente no tocante às limitações de reforma constitucional.

Isso porque, ainda quando reconheçam direitos e garantias individuais, as leis e os tratados internacionais não terão, por isso, hierarquia ou força de norma constitucional.

EXERCÍCIOS

- 1) Segundo orientação dominante no Supremo Tribunal Federal, os direitos assegurados em tratado internacional firmado pelo Brasil têm hierarquia constitucional e estão protegidos por cláusula pétrea.
- 2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se pode cogitar, em qualquer hipótese, de renúncia a direito fundamental no ordenamento constitucional brasileiro.
- 3) No caso de colisão entre direitos fundamentais, deve o intérprete identificar o direito ou a garantia hierarquicamente superior a fim de solver o conflito.
- 4) Não há limite constitucional expresso ou implícito para as chamadas leis restritivas de direitos fundamentais.
- 5) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a limitação aos direitos fundamentais há de observar o princípio da proporcionalidade.
- 6) Nos casos autorizados pela Constituição, pode o legislador ordinário alterar completamente a conformação de determinados direitos fundamentais.
- 7) Segundo orientação dominante na jurisprudência, os direitos fundamentais passíveis de restrição mediante atividade legislativa ordinária podem ter seu âmbito de proteção reduzido de forma ilimitada.

- 8) Os direitos constantes do catálogo de direitos individuais e coletivos estão elencados de forma exaustiva.
- 9) As normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais consubstanciam elementos limitativos das constituições, porquanto restringem a ação dos poderes estatais.
- 10) A Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias fundamentais nela previstos têm o seu gozo sujeito à regulamentação, por lei, de cada um deles.
- 11) Os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte têm hierarquia constitucional e não podem ser alterados por emenda constitucional.
- 12) Uma vez que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata, nenhum direito fundamental pode deixar de ter a sua fruição judicialmente assegurada por falta de regulação legislativa.
- 13) Entre os direitos fundamentais, somente os de índole social podem ter por sujeito passivo um particular.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5C 6E 7E 8E 9C 10E 11E 12E 13E

AULA 61: IMUNIDADE DOS CONGRESSISTAS

As imunidades dos congressistas funcionam como um dos elementos garantidores da independência do Poder Legislativo. Em verdade, consubstanciam algumas prerrogativas estabelecidas pela Constituição, em face do direito comum, na busca de assegurar aos parlamentares o livre exercício de suas funções.

A vigente Constituição tratou originariamente do tema no seu art. 53, outorgando aos congressistas tanto a imunidade material (CF, art. 53, caput) quanto a imunidade formal (CF, art. 53, §§ 1º, 2º e 3º).

A EC 35/2001 modificou o regime da imunidade parlamentar inicialmente traçado pelo legislador constituinte originário, mantendo a imunidade material e restringindo profundamente a imunidade formal, conforme descrito a seguir.

1) IMUNIDADE MATERIAL

O texto originário da Constituição Federal rezava que “os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos” (CF, art. 53, caput, antes da EC 35/2001).

A EC 35/2001 não trouxe alterações significativas no tocante a essa imunidade, passando a dispor que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras ou votos” (CF, art. 53, caput, após a EC 35/2001).

Como se vê, o legislador constituinte derivado veio somente deixar expresso um entendimento que já era pacífico na doutrina e na jurisprudência, qual seja, que a imunidade material alcança tanto a responsabilidade civil quanto a penal naquelas manifestações por ela abrangidas (opiniões, palavras e votos no exercício da atividade parlamentar).

A imunidade material livra o congressista - em relação às suas opiniões, palavras e votos no exercício da atividade parlamentar - da incriminação civil, penal ou disciplinar em relação aos chamados “crimes de opinião” ou “crimes da palavra”, tais como calúnia, difamação, injúria etc. É uma prerrogativa concedida aos congressistas para o exercício de sua atividade legislativa com ampla liberdade e imparcialidade, fomentando o debate de idéias, a discussão e o voto nas questões de interesse dos seus representados.

Significa que das manifestações do congressista (opiniões, palavras e votos) não poderá resultar nenhuma responsabilidade, seja na esfera penal (responsabilidade criminal), seja na esfera civil (responsabilidade de reparar o dano), seja na esfera administrativa ou disciplinar (perante o próprio Poder Legislativo). Suas manifestações estão imunes a qualquer tipo de responsabilização (penal, civil, disciplinar ou política) – desde que relacionadas com o exercício da atividade legislativa.

Em síntese: a imunidade material protege o congressista nas opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato legislativo, sejam estas manifestações exaradas no recinto do Congresso Nacional (no Plenário, nas Comissões etc.) ou fora dele (inclusive na imprensa televisiva, falada ou escrita), desde que guardem relação com a atividade congressual. Desse modo, havendo relação com o exercício do mandato, tanto estão protegidos pela imunidade material os votos, opiniões, palavras, pareceres, depoimento etc. do congressista numa Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) quanto suas opiniões publicadas numa revista semanal, num jornal etc.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a imunidade material protege ainda a publicidade dos debates parlamentares, tornando irresponsável o jornalista que as tenha reproduzido, desde que se limite a reproduzir a íntegra ou em extrato fiel o que se passou no Congresso Nacional.

A imunidade material só protege o congressista, não alcançando outras pessoas que porventura participem dos trabalhos legislativos mas não sejam detentoras de mandato eletivo. Do mesmo modo, não alcança as manifestações do suplente de congressista, tampouco as manifestações do parlamentar afastado do Legislativo para o exercício de cargo no Poder Executivo, no desempenho desta atribuição.

Finalmente, cabe destacar que a imunidade material é de ordem pública, razão pela qual o congressista não pode renunciá-la.

2) IMUNIDADE FORMAL

A imunidade formal protege o parlamentar contra a prisão e, nos crimes praticados após a diplomação, torna possível a sustação do andamento do processo penal no âmbito do Poder Judiciário.

A redação original da vigente Constituição consagrava dupla imunidade formal: uma relacionada com a instauração do processo criminal (que só condicionava a instauração do processo criminal à prévia licença da Casa Legislativa) e outra relacionada com a prisão (que impedia a imediata prisão do congressista, salvo diante de flagrante de crime inafiançável).

A EC 35/2001 manteve a imunidade formal relacionada com a prisão, mas alterou significativamente a imunidade formal processual, conforme comentado a seguir.

2.1) IMUNIDADE FORMAL RELACIONADA COM A PRISÃO

A EC 35/2001 deu nova redação ao dispositivo constitucional que cuida da imunidade formal relacionada com a prisão do congressista (CF, art. 53, § 2º):

“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

A imunidade formal obsta que o congressista seja preso, exceto na hipótese de flagrante de crime inafiançável. Ressalvada a hipótese de flagrante de crime inafiançável, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), tampouco de natureza civil (devedor voluntário de alimentos ou depositário infiel, nos termos do art. 5º, LXVII).

Observe que mesmo nas hipóteses de prisão civil por dívida constitucionalmente admitidas (devedor de pensão alimentícia e depositário infiel) o congressista não poderá ser preso. Mesmo sendo devedor voluntário de pensão alimentícia, o congressista não poderá ser preso como meio de coação ao pagamento da obrigação.

Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante de crime inafiançável, hipótese em que a manutenção da prisão dependerá de autorização da Casa Legislativa respectiva, pelo voto OSTENSIVO e nominal da maioria de seus membros.

Nesse ponto, a EC 35/2001 alterou o texto originário da Constituição, pondo fim à exigência de voto SECRETO para deliberação sobre a prisão do congressista. A partir da EC 35/2001 a votação passou a ser ostensiva, aberta.

Finalmente, cabe destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a imunidade formal aqui estudada NÃO impede a prisão do parlamentar quando resultante de decisão judicial transitada em julgado, sob o argumento de que a imunidade formal aqui estudada não obsta a execução de penas privativas de liberdade definitivamente impostas aos membros do Congresso Nacional.

2.2) IMUNIDADE FORMAL RELACIONADA COM O PROCESSO

A EC 35/2001 restringiu significativamente o alcance da imunidade formal (ou processual) do congressista, no tocante à instauração do processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal.

São as seguintes as novas regras da imunidade processual do congressista (CF, art. 53, §§ 3º, 4º e 5º):

“§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.”

Com a promulgação da EC 35, assim podemos apontar, sinteticamente, as novas regras da imunidade processual:

1ª) não há mais necessidade de prévia autorização da respectiva Casa Legislativa (Câmara ou Senado) para a instauração do processo criminal contra congressista;

2ª) oferecida a denúncia durante o mandato, o processo criminal poderá ser imediatamente instaurado pelo STF, que apenas comunicará à Casa Legislativa para que esta, por iniciativa de

partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros (como se vê, exige-se MAIORIA ABSOLUTA), possa, até a decisão final do STF, decidir pela sustação do andamento da ação;

3ª) se houver sustação do processo criminal por decisão da respectiva Casa Legislativa, ficará suspensa a prescrição, enquanto durar o mandato;

4ª) na hipótese de sustação do andamento do processo pela Casa Legislativa, se houver concurso de agentes com não-parlamentar (co-autoria), o processo deverá ser separado, sendo enviados os autos à Justiça Comum, para que prossiga no processo e julgamento do co-autor não-parlamentar;

5ª) a imunidade processual agora só alcança os crimes praticados APÓS a diplomação (não há mais qualquer imunidade formal em relação a processo por crime praticado ANTES da diplomação, podendo o parlamentar ser julgado normalmente pelo STF durante o mandato, sem nenhuma possibilidade de sustação do processo pela Casa Legislativa);

6ª) a imunidade formal não impede a instauração e não possibilita a suspensão do inquérito policial contra o congressista; o inquérito, constituindo mera atividade preparatória da acusação, destinada a subsidiar a atuação do Ministério Público, pode ser instaurado e concluído normalmente, inclusive sem necessidade de contraditório (pois o STF entende que este só é obrigatório na fase judicial do processo criminal);

Não se deve confundir o instituto "imunidade formal processual", que garante certas prerrogativas processuais ao congressista, com o chamado "foro privilegiado", que assegura ao congressista, desde a diplomação, o direito de ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, após a EC 35/2001, os crimes praticados pelos congressistas antes da diplomação não são protegidos pela imunidade formal (possibilidade de sustação do processo criminal instaurado no STF). Entretanto, frise-se, mesmo esses crimes praticados antes da diplomação serão, a partir da diplomação, julgados pelo STF, por força do foro privilegiado (o que não há, em relação a eles, é a aplicação da imunidade formal, isto é, a possibilidade de sustação do processo pela Casa Legislativa).

E, finalmente, o mais importante de tudo: segundo recente orientação do Supremo Tribunal Federal, essa nova disciplina da imunidade formal processual, instituída pela EC 35/2001, tem aplicação IMEDIATA, permitindo ao STF dar início à ação penal em relação a todas as infrações penais anteriormente praticadas por parlamentares, inclusive naquelas em que a licença houvesse sido negada pela Casa Legislativa.

EXERCÍCIOS.

- 1) Após a EC 35/2001, as imunidades dos congressistas só alcançam crimes por eles praticados após a posse.
- 2) Segundo a jurisprudência do STF, a imunidade material não afasta a responsabilidade civil do congressista, por estar restrita ao âmbito criminal.
- 3) Um deputado que, no desempenho de atividade congressual, manifeste sua opinião sobre determinada empresa, maculando-a de "quebrada" e "contrária aos interesses nacionais", não poderá ser responsabilizado criminalmente por tal conduta. Poderá, porém, vir a ser responsabilizado por perda e danos, caso se comprove serem infundadas tais alegações.
- 4) Segundo orientação do STF, não há óbice algum à renúncia de parlamentar à sua imunidade material.
- 5) A imunidade formal protege o deputado após a diplomação, inclusive em relação a crimes praticados antes desta.
- 6) Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional, em hipótese alguma, poderão ser presos.
- 7) No caso de prisão em flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a questão.
- 8) Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria relativa de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

- 9) Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de um dos seus membros e pelo voto da maioria absoluta, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.
- 10) A sustação do processo de julgamento do congressista pela Casa Legislativa respectiva suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6E 7E 8E 9E 10C

AULA 62: PODER EXECUTIVO

Antes de adentrarmos no estudo do Poder Executivo, gostaria de complementar a aula passada, acrescentando dois pontos relativos à imunidade no âmbito do Poder Legislativo: imunidade dos deputados estaduais e imunidade dos vereadores.

Os deputados estaduais possuem as mesmas prerrogativas outorgadas pela Constituição Federal aos congressistas, no que se refere às imunidades e inviolabilidades (CF, art. 27, § 1º). Significa dizer que tanto a imunidade formal quanto a imunidade material que foram outorgadas aos congressistas são, por força da própria Constituição Federal, extensíveis aos deputados estaduais.

As alterações introduzidas pela EC 35/2001 na imunidade processual dos congressistas têm, portanto, repercussão imediata no âmbito estadual, derogando as disposições das constituições estaduais naquilo que foi modificado pela referida EC 35/2001. A única distinção a ser feita é que as prerrogativas dos deputados estaduais protegem suas condutas no território e perante a Justiça do Estado, não se aplicando no território nacional, tampouco perante a Justiça Federal (se um deputado estadual, por exemplo, pratica ato contra interesses da União, não há que se falar em imunidade formal, respondendo ele por tal conduta perante a Justiça Federal).

Os vereadores não possuem imunidade formal ou processual, mas tão-somente imunidade material, sendo invioláveis por suas palavras, opiniões e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (CF, art. 29, VIII). Aqui, o único detalhe é que referida imunidade só protege suas manifestações na circunscrição do Município, ficando suas manifestações fora do território municipal normalmente sujeitas à incriminação.

Acredito que com isso tenha fechado o tema imunidade no âmbito do Poder Legislativo.

1) CARACTERÍSTICAS DO PODER EXECUTIVO

O Executivo é o poder constitucional que desempenha, precipuamente, a chefia de Estado, de Governo e de Administração. Essa chefia é exercida pelo Presidente da República, caracterizando o nosso Executivo como monocrático, em que as chefias de Estado e de Governo estão concentradas em uma única pessoa.

Entretanto, dizer que ao Executivo competem as chefias de Estado, de Governo e de Administração não significa afirmar que outras funções constitucionais não sejam por ele exercidas, pois, como se sabe, a vigente Carta Política não consagra uma separação rígida entre os Poderes da República, não há uma exclusividade absoluta no exercício das funções constitucionais. Em verdade, conforme já dito em outras oportunidades, os três Poderes da República desempenham preponderantemente certas funções (funções típicas) e também funções que, a rigor, seriam de outros Poderes (funções atípicas).

Desse modo, o Executivo, além da chefia de governo, de Estado e de Administração também desempenha função legislativa (elaboração de medida provisória e lei delegada) e de julgamento (processo administrativo).

2) CHEFIA DE ESTADO E CHEFIA DE GOVERNO

A nossa Constituição adotou como sistema (ou regime) de governo o presidencialismo, concentrando duas funções distintas na pessoa do Presidente da República, Chefe do Executivo: chefia de Governo e chefia de Estado.

No exercício da chefia de Estado, o Presidente da República representa a unidade interna da República Federativa do Brasil, bem assim representa o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, com outros Estados e Organizações estrangeiros.

No exercício da chefia de Governo, o Presidente da República é responsável pela gestão dos negócios internos, tanto dos negócios políticos quanto dos administrativos. É no exercício da chefia de Governo que o Presidente da República dirige, orienta e decide a política nacional, zelando por toda a máquina administrativa do Estado.

Constitui esse aspecto uma das distinções entre o presidencialismo e o parlamentarismo, pois neste regime as funções de chefia de Estado e de Governo não estão concentradas num mesmo órgão: a chefia de Estado é exercida pelo Presidente ou Monarca e a chefia de Governo, pelo Primeiro Ministro.

3) INVESTIDURA NO CARGO

O Presidente da República e o Vice-presidente da República são eleitos pelo sistema eleitoral majoritário, em que se sagra vencedor aquele candidato que obtiver maior número de votos, segundo as regras da Constituição Federal.

A doutrina divide o sistema majoritário em duas espécies: sistema majoritário simples (ou puro) e sistema majoritário de dois turnos.

No sistema majoritário simples (ou puro), será considerado eleito o candidato que obtiver no pleito o maior número de votos. Entre nós, é o sistema adotado para a eleição dos Senadores (CF, art. 46) e dos prefeitos naqueles Municípios com menos de 200 mil eleitores (CF, art. 29, II), pois nesses casos não há que se falar em segundo turno.

No sistema majoritário de dois turnos, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos, sendo que, se esta não for alcançada no primeiro turno, há que se realizar o segundo turno. É o sistema adotado no Brasil para a eleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos daqueles Municípios com mais de 200 mil eleitores.

A eleição do Presidente da República implica a do Vice com ele registrado, de modo que a eleição deste resulta automaticamente da eleição daquele.

São requisitos para a candidatura ao cargo de Presidente e Vice-Presidente da República:

- a) ser brasileiro nato;
- b) estar no gozo dos direitos políticos;
- c) ter mais de trinta e cinco anos;
- d) possuir filiação partidária;
- e) não ser inelegível (inalistável, analfabeto etc.)

Aspecto a destacar entre esses requisitos é o que exige dos candidatos filiação partidária, significando que não se admite, entre nós, a figura da candidatura autônoma, desvinculada de um partido político.

Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, NÃO computados os em branco e os nulos. Se nenhum dos candidatos obtiver a maioria absoluta na primeira votação (no primeiro domingo de outubro), far-se-á nova eleição (segundo turno) no último domingo de outubro do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente, concorrendo os dois candidatos mais votados (se por acaso houver empate no segundo lugar, qualificar-se-á o mais idoso).

Como se vê, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos dados em candidatos (uma vez que não se computam os em branco e os nulos).

Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á entre os remanescentes, o de maior votação. Se, nessa hipótese, houver empate entre os candidatos remanescentes mais votados, qualificar-se-á o mais idoso.

Situação diferente é quando o candidato eleito Presidente morre após a sua eleição, mas antes da expedição do diploma: nesse caso, o Vice-presidente será considerado eleito, adquirindo o direito subjetivo ao mandato do Chefe do Executivo.

A posse presidencial ocorrerá no dia 1º de janeiro, em sessão conjunta do Congresso Nacional. Porém, se decorridos 10 (dez) dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago (anote-se que se o Presidente não comparecer, mas o Vice sim, não há que se falar em vacância, pois o Vice assumirá a Presidência da República).

A duração do mandato presidencial atualmente é de 4 (quatro) anos, permitida uma única reeleição para o período subsequente, nos termos do art. 14, § 5º, da Lei Maior.

4) VACÂNCIA DA PRESIDÊNCIA

Ao Vice-presidente cabe substituir o Presidente, nos casos de impedimento (licença, doença, férias etc.) e suceder-lhe no caso de vaga.

Caso haja impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância de ambos os cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência: o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Há, porém, diferenças significativas da assunção da Presidência por essas atividades, a saber:

a) assunção pelo Vice-presidente: havendo vacância do cargo de Presidente da República, o Vice-presidente assumirá a Presidência e completará o mandato, independentemente do período faltante para o término do mandato;

b) assunção pelo Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal: havendo vacância dos cargos de Presidente e Vice-presidente, referidas autoridades assumirão a Presidência SEMPRE em caráter temporário, até que sejam realizadas novas eleições. Nesse caso, estatui a Constituição que:

b.1) se a vacância ocorrer nos dois primeiros anos do mandato, far-se-á eleição direta 90 (noventa) dias depois de aberta a última vaga;

b.2) se a vacância ocorrer nos últimos dois anos do mandato, a eleição para ambos os cargos será feita 30 (trinta) dias depois de aberta a última vaga, pelo Congresso Nacional (eleição indireta), na forma da lei.

Como se vê, ainda existe entre nós a possibilidade excepcional de ocorrência de eleição indireta para o cargo de Presidente da República, a ser realizada pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

Regra importante estatuída pelo legislador constituinte é que, em qualquer das hipóteses, o Vice-presidente ou os novos eleitos somente completarão o período de seus antecessores (se a vacância ocorrer no terceiro ano do mandato, o novo eleito será eleito para o chamado "mandato tampão", de apenas um ano).

Cabe ressaltar que qualquer um dos substitutos do Chefe do Executivo (Vice-presidente, Presidente da Câmara, Presidente do Senado, Presidente do Supremo Tribunal Federal) que assume a Presidência exerce a competência plena, podendo desempenhar todas as atribuições do cargo (dar início ao processo legislativo, sancionar e promulgar leis, adotar medidas provisórias, baixar decreto etc.).

5) RESPONSABILIDADE, PRERROGATIVAS E IMUNIDADES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A Constituição Federal estabeleceu regras especiais para a responsabilização do Presidente da República, especialmente quanto ao processo e à prisão.

5.1) PRERROGATIVA DE FORO

O Presidente da República possui foro privilegiado (ou especial), pois nos crimes comuns será ele julgado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "b") e nos crimes de responsabilidade perante o Senado Federal. (CF, art. 52, I).

Entretanto, cabe ressaltar que NÃO há foro privilegiado para as ações populares, ações civis públicas e ações por improbidade administrativa movidas contra o Presidente da República, respondendo ele, nessas ações, perante a Justiça ordinária.

5.2) IMUNIDADE MATERIAL

O Presidente da República NÃO possui imunidade material, vale dizer, não é imune por suas palavras, opiniões e votos (como são os membros do Legislativo).

5.3) IMUNIDADE FORMAL

O Presidente da República possui imunidade formal tanto sobre o processo quanto sobre a prisão, nos termos a seguir explicitados.

a) Imunidade perante o processo: o Presidente só poderá ser processado, seja por crime comum ou de responsabilidade, após admissibilidade pela Câmara dos Deputados, por maioria qualificada de dois terços dos votos;

b) Imunidade perante a prisão: o Presidente não poderá ser preso nas infrações penais comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória, nos termos do art. 86, § 3º, da Lei Maior (como se vê, essa imunidade obsta as prisões cautelares, preventivas etc.);

c) Irresponsabilidade durante o mandato: o Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Cabe aqui destacar que, em relação à imunidade formal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ADMITE que a Constituição do Estado outorgue ao Governador de Estado a prerrogativa prevista na letra "a", acima (condicionar o processo do Governador à prévia licença da Assembléia Legislativa), mas NÃO ADMITE que as prerrogativas das letras "b" e "c" sejam estendidas ao Governadores de Estado, por entender que são garantias privativas do Presidente da República.

6) CRIMES DE RESPONSABILIDADE

A Constituição Federal estabelece que o Presidente da República será processado e julgado por crimes de responsabilidade perante o Senado Federal, após admitida a acusação pela Câmara dos Deputados.

Entende o Supremo Tribunal Federal que, admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, não cabe ao Senado Federal emitir novo juízo, furtando-se ao julgamento do Presidente. Enfim, a decisão da Câmara dos Deputados vincula, obriga o Senado Federal à proceder ao julgamento do crime de responsabilidade.

Os chamados crimes de responsabilidade correspondem às infrações político-administrativas cometidas no desempenho da função presidencial, desde que definidas por lei federal. Essas condutas, reza a Constituição, são aquelas que atentam contra a Constituição e, especialmente, contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais (CF, art. 85).

Evidentemente, essa enumeração do art. 85 não é exaustiva, mas sim meramente exemplificativa, podendo outras condutas ser enquadradas na definição de crime de responsabilidade, desde que haja definição legal, por meio de lei federal. Nesse ponto, cabe ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União (ainda quando se refira à definição de crimes de responsabilidade de Governador de Estado ou Prefeito).

6.1) SANÇÕES APLICÁVEIS PELO SENADO FEDERAL

O julgamento do Senado Federal possui natureza eminentemente política, e a condenação imposta, pela prática de crime de responsabilidade, limitar-se-á à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Importante destacar que a “inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública”, alcança todas as funções públicas, sejam derivadas de concurso público, de confiança ou mesmo novo mandato eletivo.

6.2) RENÚNCIA NO IMPEACHMENT

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de impeachment.

Essa questão foi suscitada no julgamento do então Presidente da República Fernando Collor de Melo, no qual este renunciou ao cargo logo no início do julgamento, com o objetivo de tentar obstar a sanção de inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. A argumentação era que, com a renúncia, não seria aplicável tal sanção. Essa argumentação, porém, NÃO foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal.

6.3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO JUDICIAL DA DECISÃO DO SENADO FEDERAL

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário não dispõe de competência para alterar a decisão proferida pelo Senado Federal no processo de impeachment.

Segundo o Tribunal, o Senado Federal, quando julga o Presidente da República, não procede como órgão legislativo, mas como órgão judicial, exercendo jurisdição recebida da Constituição Federal, de cujas decisões não há recurso para nenhum tribunal.

7) CRIMES COMUNS

Nos crimes comuns o Presidente da República é julgado perante o Supremo Tribunal Federal, após o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados (CF, art. 86).

Ao contrário do que ocorre nos crimes de responsabilidade, julgados perante o Senado Federal, nos crimes comuns a decisão da Câmara dos Deputados pela admissibilidade da denúncia ou queixa NÃO obriga o Supremo Tribunal Federal a aceitar a denúncia ou queixa, em face do princípio da separação dos Poderes.

A necessidade de autorização da Câmara não impede a instauração do inquérito policial, tampouco o oferecimento da denúncia perante o Supremo Tribunal Federal. Para a aceitação da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal é que se torna indispensável a admissibilidade pela Câmara dos Deputados.

A competência do Supremo Tribunal Federal alcança todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos crimes eleitorais, crimes dolosos contra a vida e até mesmo as contravenções penais.

Entretanto, o foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal SÓ ALCANÇA os crimes comuns cometidos na vigência do mandato e, ainda, desde que sejam ilícitos relacionados com o exercício do mandato (in officio ou propter officium).

Isso porque, em relação aos crimes cometidos antes do mandato ou durante o mandato, mas estranhos ao exercício das funções presidenciais, aplica-se o art. 86, § 4º, da Constituição, que obsta a responsabilização do Presidente na vigência do seu mandato. Em relação a esses crimes, responderá o Presidente, após o término do mandato, perante a Justiça ordinária.

Como se vê, a irresponsabilidade relativa consagrada no art. 86, § 4º, da Constituição alcança as infrações penais comuns praticadas em momento anterior ao da investidura no cargo de Chefe do Executivo da União, bem assim aquelas praticadas na vigência do mandato, desde que estranhas ao ofício presidencial.

Essa irresponsabilidade relativa restringe-se às infrações penais comuns, não alcançando a responsabilidade civil, administrativa ou tributária do Presidente da República, que podem ser normalmente apuradas na vigência do mandato.

8) IMUNIDADE DO GOVERNADOR DE ESTADO

A Constituição do Estado pode outorgar ao Governador a imunidade formal, dispondo que este não será processado e julgado perante o Superior Tribunal de Justiça sem antes haver autorização da respectiva Assembléia Legislativa.

Entretanto, a imunidade formal do Presidente da República referente à prisão (CF, art. 86, § 3º) e à irresponsabilidade relativa por atos estranhos ao exercício do mandato (CF, art. 86, § 4º) não pode ser outorgada pelas Constituições Estaduais aos Governadores (STF, ADIn 1021-2).

EXERCÍCIOS.

- 1) Um vereador que, a despeito de estar defendendo os interesses de seu Município, profere discurso no Congresso Nacional que atenta contra a honra do Presidente da República poderá ser incriminado por esta conduta.
- 2) O nosso Poder Executivo é do tipo monocrático, concentrando na figura do Presidente da República as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado.
- 3) A vigente Constituição consagra uma separação rígida entre os Poderes da República, de forma que não há possibilidade de o Presidente da República vir a desempenhar função legislativa.
- 4) No exercício da chefia de Governo, o Presidente da República representa o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, com outros Estados e Organizações estrangeiros.
- 5) No exercício da chefia de Estado, o Presidente da República dirige, orienta e decide a política nacional, zelando por toda a máquina administrativa do Estado.
- 6) O sistema majoritário simples ou puro é adotado no Brasil para a eleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e de todos os Prefeitos Municipais.
- 7) Não é requisito para a investidura no cargo de Presidente e Vice-Presidente da República a filiação partidária.
- 8) Será considerado eleito Presidente da República o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, necessariamente computados os em branco e os nulos.
- 9) Se o candidato eleito Presidente morre após a sua eleição mas antes da expedição do diploma, o Vice-presidente está impedido de assumir a Presidência, devendo ser convocada nova eleição direta no prazo de 90 (noventa) dias.
- 10) A duração do mandato presidencial é de 4 (quatro) anos, permitidas sucessivas reeleições para os períodos subseqüentes.
- 11) Caso haja impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacâncias de ambos os cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência: o Presidente do Congresso Nacional, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

- 12) Diante de vacância do cargo de Presidente da República, o Vice-presidente assumirá a Presidência e completará o mandato, independentemente do período faltante para o término do mandato.
- 13) Se houver vacância dos cargos de Presidente e Vice-presidente nos últimos dois anos do mandato, a eleição direta para ambos os cargos será feita 30 (trinta) dias depois de aberta a última vaga.
- 14) O substituto do Chefe do Executivo que assume a Presidência da República exerce a competência plena, podendo desempenhar todas as atribuições do cargo de Presidente.
- 15) O Presidente da República possui foro privilegiado, pois a Constituição lhe garante a prerrogativa de ser julgado perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, e perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, bem assim nas ações populares, ações civis públicas e ações por improbidade administrativa movidas contra ele.
- 16) O Presidente da República não é imune por suas palavras, opiniões e votos, ainda que no exercício do mandato.
- 17) O Presidente da República só poderá ser processado, seja por crime comum ou de responsabilidade, após admissibilidade pela Câmara dos Deputados, por maioria qualificada de maioria absoluta.
- 18) O Presidente da República não poderá ser preso nas infrações penais comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória.
- 19) O Presidente da República, na vigência do seu mandato, não pode ser responsabilizado por crimes comuns.
- 20) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, compete exclusivamente à União a definição formal dos crimes de responsabilidade.
- 21) No impeachment, a inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública alcança todas as funções públicas, sejam derivadas de concurso público, de confiança ou mesmo novo mandato eletivo.
- 22) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, paralisa o processo de impeachment.
- 23) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário não dispõe de competência para alterar a decisão proferida pelo Senado Federal no processo de impeachment.
- 24) A competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento dos crimes comuns alcança todas as modalidades de infrações penais, estendendo-se aos crimes eleitorais, aos crimes dolosos contra a vida e até mesmo às contravenções penais.
- 25) A Constituição do Estado pode outorgar ao Governador a imunidade formal, dispondo que este não será processado e julgado perante o Superior Tribunal de Justiça sem antes haver autorização da respectiva Assembléia Legislativa.
- 26) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a imunidade formal do Presidente da República referente à prisão (CF, art. 86, § 3º) e à irresponsabilidade relativa por atos estranhos ao exercício do mandato (CF, art. 86, § 4º) não pode ser outorgada pelas Constituições Estaduais aos Governadores.

GABARITO:

1C 2C 3E 4E 5E 6E 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13E 14C 15E 16C 17E 18C 19E 20C 21C 22E 23C 24C 25C
26C

AULA 63: PODER JUDICIÁRIO (PARTE 1)

O Poder Judiciário é órgão fundamental na formação de um Estado Democrático de Direito, pois cabe a ele, precipuamente, com autonomia e independência, velar pela guarda da Constituição, especialmente pela observância dos princípios da igualdade e da legalidade.

De fato, seria inimaginável um Estado Democrático de Direito sem um Poder Judiciário independente, com a relevante função de administrar a Justiça, como fiscal da aplicação da Constituição e das Leis.

Por outro lado, o Poder Judiciário é apontado por parte da doutrina como verdadeiro direito fundamental dos cidadãos, pois a estes é assegurado o direito de ser julgado por Juízes e Tribunais independentes e imparciais.

1) ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO

Os órgãos que integram o nosso Poder Judiciário foram enumerados pela Constituição Federal, no seu art. 92:

- o Supremo Tribunal Federal;
- o Superior Tribunal de Justiça;
- os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- os Tribunais e Juízes Militares;
- os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A organização estrutural do Poder Judiciário pode ser sintetizada nos seguintes termos:

1º) O Supremo Tribunal Federal é nosso órgão de cúpula de toda a Justiça, ocupando a posição especial de guardião da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal atua no âmbito do controle difuso ou incidental (quando aprecia, em última instância, as controvérsias concretas suscitadas nos Juízes inferiores) e também realiza, originariamente, o controle concentrado ou abstrato (quando aprecia a constitucionalidade, em tese, de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal).

2º) Ressalvada a posição de cúpula do Supremo Tribunal Federal, temos em seguida, no quadro de estrutura do nosso Poder Judiciário, os Tribunais Superiores, com sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional: STJ, TSE, TST, STM.

Entre esses tribunais, há que se fazer uma distinção entre as funções constitucionais que lhes foram outorgadas pelo legislador constituinte, tendo em vista que a atuação desses órgãos é bem distinta entre si.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) atua como guardião da **lei federal** no nosso ordenamento, apreciando as mais diferentes controvérsias sobre aplicação do **direito federal**, seja por meio da competência originária (quando a lide tem início no próprio STJ), seja em processos resultantes de recursos contra as decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (órgão de cúpula da Justiça local) e dos Tribunais Regionais Federais (órgãos de segunda instância da Justiça Federal).

Os demais Tribunais Superiores integram a chamada "Justiça Especializada", pois só atuam num dado ramo do Direito, especificamente. Assim, o Tribunal Superior Eleitoral só aprecia matéria eleitoral; o Tribunal Superior do Trabalho, só matéria trabalhista; o Superior Tribunal Militar, os crimes militares.

3º) Jurisdicionados pelos Tribunais Superiores, temos os órgãos de segunda instância da Justiça, organizados regionalmente, nas diferentes unidades da Federação. Temos, nesse grau, os Tribunais de Justiça (2ª instância da Justiça Estadual); os Tribunais Regionais Federais (2ª instância da Justiça Federal); os Tribunais Regionais do Trabalho (2ª instância da Justiça Especializada do Trabalho); os Tribunais Regionais Eleitorais (2ª instância da Justiça Eleitoral); os Tribunais Militares (se instituídos em lei, nos termos do art. 122, II, da Constituição Federal).

4º) Finalmente, temos os órgãos locais da Justiça, distribuídos pelos Municípios da nossa Federação: Juiz de Direito (justiça estadual); Juiz Federal (justiça federal); Juiz do Trabalho (justiça trabalhista); Juiz Eleitoral (justiça eleitoral).

2) FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS

A função típica do Poder Judiciário é a chamada função jurisdicional, isto é, a função de aplicar o Direito, de forma coercitiva, toda vez que houver necessidade. Enfim, é aplicar a lei a um caso concreto que lhe é submetido, resolvendo um conflito de interesses.

Entretanto, assim como os demais Poderes do Estado, o Judiciário desempenha, secundariamente, outras funções denominadas de “atípicas”, de natureza administrativa e legislativa.

O Poder Judiciário desempenha função atípica **administrativa** quando administra seus serviços e pessoal. A nomeação de seus servidores, a concessão a eles de férias e demais direitos, a realização de uma licitação pública etc. são alguns exemplos de atuação do Judiciário na função administrativa.

O Poder Judiciário desempenha função **legislativa** quando produz normas gerais, aplicáveis no seu âmbito, de observância obrigatória por parte dos administrados. É o caso da elaboração dos regimentos dos Tribunais, os quais dispõem sobre a competência e funcionamento desses órgãos.

3) GARANTIAS DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal outorgou importantes garantias ao Poder Judiciário, como meio de garantir-lhe autonomia e independência para o imparcial exercício da jurisdição. Essas garantias, portanto, não são privilégios dos magistrados, mas sim prerrogativas que asseguram, ao Poder Judiciário, independência no exercício de suas relevantes funções constitucionais, sem a ingerência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Para se ter uma idéia da relevância dada pelo legislador constituinte ao tema “garantias do Poder Judiciário”, basta lembrarmos que constituem crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o livre exercício do Poder Judiciário (CF, art. 85, II); e que referido assunto não pode sequer ser objeto de medida provisória (CF, art. 62, § 1º), tampouco de delegação legislativa (CF, art. 68, § 1º).

3.1) AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

A Constituição Federal outorga ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira (CF, art. 99), dispondo que os tribunais elaborarão suas próprias propostas orçamentárias, desde que dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Significa dizer que o Poder Judiciário tem constitucionalmente assegurada a competência para elaborar sua proposta orçamentária, bem assim sua participação na fixação dos limites da lei de diretrizes orçamentárias. A par disso, o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional Lei de Diretrizes Orçamentárias que fixa o limite de participação do Poder Judiciário no orçamento geral do Estado sem que haja participação desse Poder na fixação de tal limite (STF, ADIn 1911-7/PR).

Ainda como decorrência dessa autonomia, é o próprio Poder Judiciário que organiza suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados; que dá provimento, na forma prevista na Constituição, aos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; que propõe a criação de novas varas judiciais; que dá provimento, por concurso público, aos cargos necessários à administração da justiça; que concede licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem vinculados (CF, art. 96).

O Prof. Alexandre de Moraes cita, ainda, como importante garantia da independência do Poder Judiciário, a composição constitucional do Supremo Tribunal Federal (11 ministros), entendendo ser ilegítima qualquer tentativa do Poder Executivo ou Legislativo de alterabilidade deste número, com a intenção de desrespeito à autonomia da própria Corte ou de suas decisões. Assim, “qualquer alteração constitucional na composição do Supremo Tribunal Federal deverá respeitar a independência do Poder Judiciário e ser feita por emenda constitucional”.

3.2) ESCOLHA DOS DIRIGENTES DOS TRIBUNAIS

Outra importante garantia da independência do Poder Judiciário diz respeito à competência dos Tribunais para a eleição de seus órgãos diretivos (CF, art. 96, I, “a”).

A eleição dos dirigentes dos Tribunais deve ser feita pelos próprios membros dos Tribunais, sem nenhuma ingerência por parte dos Poderes Legislativo ou Executivo.

3.3) GARANTIAS AOS MEMBROS

A Constituição Federal assegura aos membros do Poder Judiciário as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (CF, art. 95).

3.3.1) VITALICIEDADE

A vitaliciedade é adquirida, no primeiro grau, após dois anos de exercício da carreira (estágio probatório), significando que a partir daí a perda do cargo do magistrado somente poderá resultar de sentença judicial transitada em julgado.

Enquanto não vitalício (no período de dois anos, do estágio probatório), a perda do cargo dependerá de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado (CF, art. 96, I).

Os magistrados que ingressam nos Tribunais (superiores, ou de segundo grau, pela regra do “quinto constitucional”) adquirem vitaliciedade imediatamente no momento da posse. Por exemplo: um cidadão de reputação ilibada que é nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal adquire a vitaliciedade, de imediato, no momento da posse.

Em relação aos Ministros do Supremo Tribunal, porém, a Constituição prevê um abrandamento da sua vitaliciedade, ao permitir que eles possam ser processados e julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52). Nesse caso, trata-se de responsabilização de natureza política, por atos praticados pelos Ministros da Alta Corte, atentatórios à Constituição, que poderão resultar no *impeachment*.

3.3.2) INAMOVIBILIDADE

Os magistrados somente poderão ser removidos por iniciativa própria (e não de ofício, por iniciativa de qualquer autoridade), salvo em uma única exceção constitucional por motivo de interesse público, pelo voto de 2/3 (dois terços) do tribunal ao qual estiver vinculado, assegurada ampla defesa (CF, art. 95, II).

3.3.3) IRREDUTIBILIDADE DE SUBSÍDIO

O subsídio (espécie remuneratória dos magistrados) é irredutível, com o propósito de garantir-lhe a dignidade e a independência no exercício de suas funções.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a garantia constitucional da irredutibilidade de subsídio alcança somente a chamada “irredutibilidade jurídica”, isto é, a irredutibilidade nominal (e não real) da remuneração. Enfim, a irredutibilidade não garante o direito à atualização monetária em face da perda do poder aquisitivo da moeda, mas tão-somente que os valores nominais não sejam reduzidos.

4) VEDAÇÕES

Aos magistrados é vedado:

- (a) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- (b) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- (c) dedicar-se à atividade político-partidária.

5) CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO

Questão controvertida na doutrina diz respeito à possibilidade de o poder constituinte derivado – Congresso Nacional –, por meio de reforma da Constituição, criar um órgão autônomo e externo ao Poder Judiciário com a missão de fiscalizá-lo e controlá-lo.

O Supremo Tribunal Federal não admite a criação de mecanismos de controle externo do Poder Judiciário que não foram previstos pelo legislador constituinte originário, por entender que tais controles afrontam o princípio da separação dos Poderes.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a harmonia e independência dos Poderes da República já são garantidas pelos próprios meios originariamente previstos na Constituição, consistentes nos chamados controles recíprocos, pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Desse modo, as unidades administrativas do Poder Judiciário já sofrem a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial realizada pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71).

De igual forma, outro controle sobre o Judiciário originariamente previsto na Constituição diz respeito à escolha e investidura dos ocupantes dos mais altos cargos do Poder Judiciário (Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores etc.), em que há efetiva participação dos demais Poderes da República, um rigoroso controle por parte destes Poderes (um Ministro do STF, por

exemplo, é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, por maioria absoluta de seus membros).

Além desses controles, conforme vimos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão ser processados e julgados pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade.

Portanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esses são os controles admitidos pela nossa vigente Carta Política sobre a atuação do Poder Judiciário. A instituição de qualquer outro, externo à estrutura do Poder Judiciário, por meio de reforma da Constituição Federal, será flagrantemente inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Essa vedação aplica-se, por força do federalismo, à Justiça Estadual, na qual também será inconstitucional a previsão do legislador de qualquer mecanismo de controle externo da atividade jurisdicional.

6) FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

É sabido que o legislador constituinte outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para, precipuamente, zelar pela Constituição Federal (CF, art. 102).

Entretanto, a jurisdição constitucional não é monopólio do Supremo Tribunal Federal, pois todos os órgãos do Poder Judiciário podem (e devem!) zelar pela observância do texto constitucional, afastando a aplicação das leis e atos normativos que contrariarem a Lei Maior.

Portanto, todo órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, afastando a sua aplicação a um caso concreto, por entender que é contrária ao texto constitucional (controle difuso ou incidental).

A restrição constitucional que existe é para a realização do chamado controle em tese (concentrado), no qual discute-se, em abstrato, relevante controvérsia constitucional perante o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

No Brasil, somente o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dispõem de competência para realizar o controle de constitucionalidade concentrado de leis e atos normativos do Poder Público. Os demais órgãos somente fiscalizam a constitucionalidade das leis diante de um caso concreto a eles submetido, no âmbito do controle difuso ou incidental.

EXERCÍCIOS.

- 1) Em face do princípio da separação dos poderes, não se admite, no Brasil, que o Poder Judiciário edite normas compulsórias, que vinculem o cidadão.
- 2) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a criação, por lei estadual, de órgão composto por magistrados, representantes do Poder Legislativo local e membros do Ministério Público para a fiscalização externa do Poder Judiciário. A instituição desse controle, segundo o STF, só seria constitucional se prevista na respectiva Constituição Estadual.
- 3) A competência do Tribunal de Contas da União, no auxílio do Poder Legislativo, para efetivar a fiscalização contábil e financeira dos órgãos da União não alcança os órgãos do Poder Judiciário, por força do princípio da separação dos poderes.
- 4) A elaboração de normas regimentais pelos tribunais do Poder Judiciário consubstancia ato de natureza administrativa praticado por este Poder.
- 5) Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira, dispondo os tribunais de competência para elaborar suas próprias propostas orçamentárias, que não se submetem aos limites da lei de diretrizes orçamentárias.
- 6) A independência do Poder Judiciário, assegurada constitucionalmente, não impede que um membro do Judiciário venha a ser processado e julgado pelo Poder Legislativo.
- 7) Os magistrados nomeados para Ministros dos Tribunais Superiores também são vitalícios, adquirindo direito a essa prerrogativa após dois anos de efetivo exercício no cargo.
- 8) A garantia da inamovibilidade garante que, uma vez titular do cargo, o juiz não possa ser removido, em hipótese alguma, para outra localidade, salvo por iniciativa própria.
- 9) A irredutibilidade de subsídio garante ao magistrado o direito à atualização monetária de sua remuneração em face da perda do poder aquisitivo da moeda (irredutibilidade real).

- 10) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a criação, ainda que por emenda à Constituição Federal, de mecanismo de controle externo do Poder Judiciário.
- 11) No Brasil, a jurisdição constitucional não é monopólio do Supremo Tribunal Federal, podendo qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, declarar a inconstitucionalidade em tese de leis ou atos normativos do Poder Público.

GABARITO:

1E 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10C 11E

AULA 64: PODER JUDICIÁRIO (PARTE 2)

7 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, dentre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade.

Como se vê, a Constituição NÃO exige que os membros do STF sejam obrigatoriamente bacharéis em Direito, tampouco provenientes da magistratura. O Presidente da República, atendidos os requisitos constitucionais para a investidura, escolhe livremente o candidato e submete a sua escolha ao Senado Federal. Se o candidato obtiver maioria absoluta do Senado Federal estará aprovado e então será nomeado para o cargo; caso contrário, será considerado rejeitado.

A atuação do STF dá-se tanto em Plenário como em Turmas; o Tribunal possui duas Turmas, com cinco membros cada uma, tendo em vista que o Presidente do Tribunal só participa das sessões plenárias; com exceção do Presidente do Tribunal, cada Ministro integra, formalmente, uma Turma; as Turmas têm competências idênticas e os processos são distribuídos originariamente a um Ministro-Relator, que, por sua vez, pertence à Primeira ou à Segunda Turma.

O Tribunal Pleno dispõe de quorum para deliberação se presentes pelo menos oito dos onze Ministros, sendo que para decisão sobre a constitucionalidade das leis exige-se sempre uma maioria de seis votos. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é eleito diretamente pelos seus pares para um mandato de dois anos, sendo expressamente vedada a reeleição. Tradicionalmente são eleitos para os cargos de Presidente e Vice-Presidente do Tribunal os dois Ministros mais antigos que ainda não o exerceram.

A vigente Constituição ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador. No entanto, manteve-se a sua competência de órgão revisor de última instância, no exame de questões constitucionais suscitadas incidentalmente nos casos concretos (controle difuso ou incidental).

As competências do Supremo Tribunal estão enumeradas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, podendo ser divididas em competência originária e competência recursal.

Na competência originária, cabe ao Supremo Tribunal Federal:

- a) realizar o controle concentrado de constitucionalidade, pois a ele compete julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, todas em face da Constituição Federal;
- b) julgar habeas corpus, mandado de segurança e mandado de injunção contra atos (ou omissões) das mais altas autoridades da República;
- c) julgar, nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- d) julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (salvo nos crimes conexos com o Presidente da República, nos termos do art. 52, I, da Constituição), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- e) os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- f) os conflitos de competência envolvendo Tribunais Superiores e juízes vinculados a outros tribunais;
- g) os conflitos de competência entre o Supremo Tribunal Federal e qualquer outro tribunal.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência originária para processar e julgar a ação popular, a ação civil pública e ações de improbidade administrativa, ainda que referentes

a infrações praticadas pelas mais altas autoridades da República (Presidente da República, membros do Congresso Nacional etc.)

Na competência recursal, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário:

- a) o crime político;
- b) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em instância única pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Como se vê, o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal só será cabível se preenchidos os seguintes requisitos:

1º) tenha havido julgamento do habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção pelos Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM ou TST);

2º) que tal julgamento tenha sido originário, ou seja, que tais ações tenham sido apreciadas em instância única pelos referidos Tribunais Superiores;

3º) que a decisão dos Tribunais Superiores tenha sido denegatória, seja quanto ao mérito, seja sem apreciação do mérito.

Cabe, ainda, ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo da Constituição Federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

8 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, 33 Ministros escolhidos pelo Presidente da República, obedecida a seguinte regra constitucional:

- a) 1/3 de Juízes dos Tribunais Regionais Federais (TRF);
- b) 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais (TJ);
- c) 1/3 divididos da seguinte maneira: 1/6 de advogados e 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estaduais e Distrital.

No caso dos juízes dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça Estaduais, o próprio STJ elaborará lista tríplice, livremente, e a enviará para o Presidente da República.

No caso dos advogados e membros do Ministério Público, serão preparadas listas sêxtuplas em cada Instituição, que as encaminhará ao STJ, que elaborará lista tríplice a ser encaminhada ao Presidente da República.

O Presidente da República escolherá o candidato, dentro das listas tríplices a ele apresentadas, e o nome será submetido à apreciação do Senado Federal, considerando-se aprovado se obtiver maioria simples dos votos daquela Casa Legislativa. Uma vez aprovado, a nomeação caberá ao Presidente da República.

Os candidatos deverão cumprir com os seguintes requisitos:

- a) idade entre 35 e 65 anos;
- b) serem brasileiros natos ou naturalizados;
- c) possuírem notável saber jurídico e reputação ilibada.

O STJ é considerado o guardião do Direito federal (o STF é guardião da Constituição Federal), sendo sua competência dividida em originária (quando o STJ é acionado diretamente, nas ações em que cabe a ele julgamento originário) e recursal (quando o STJ aprecia recursos ordinários ou especiais).

As competências do STJ estão enumeradas no art. 105 da Constituição Federal.

9 – COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA: “QUINTO CONSTITUCIONAL”

Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos

de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional.

A indicação será em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, que encaminharão as indicações ao Tribunal respectivo, que formará lista tríplice, enviando-a ao chefe do Poder Executivo que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação (CF, art. 94).

A fim de garantir o “quinto constitucional”, caso a divisão dos membros de determinado Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça por cinco não resultar em um número inteiro, o arredondamento sempre deverá ser para cima, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

10 – JUSTIÇA ESTADUAL

Os Estados-membros organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal, conforme previsto no art. 125 da Carta Política.

Entre esses princípios, temos:

- a) a competência dos Tribunais de Justiça deverá ser definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça;
- b) cabe aos Estados-membros a instituição de representação de inconstitucionalidade (ADIn) de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, vedada a legitimação para agir a um único órgão;
- c) a possibilidade de criação por lei estadual, mediante proposta do Tribunal de Justiça, da Justiça Militar Estadual, nos termos do art. 125, § 3º, da Constituição Federal;
- d) composição dos Tribunais de Justiça dos Estados segundo a regra do “quinto constitucional”, comentada anteriormente.

11 – JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

O Distrito Federal não dispõe de competência para organizar, legislar e manter o Poder Judiciário local, cabendo esta competência à União, nos termos dos artigos 21, XIII, e 22, XVII, da Carta Política.

12 – JUSTIÇA DOS TERRITÓRIOS

A lei disporá sobre a organização judiciária dos Territórios, sendo que naqueles Territórios Federais com mais de cem mil habitantes haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância (CF, art. 33).

EXERCÍCIOS.

- 1) O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, dentre magistrados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade.
- 2) A Constituição Federal não exige que os membros do STF sejam obrigatoriamente bacharéis em Direito, tampouco provenientes da magistratura; essa mesma regra, contudo, não se aplica aos integrantes do Superior Tribunal de Justiça.
- 3) O Supremo Tribunal Federal só realiza o controle concentrado de constitucionalidade; o controle difuso é realizado pelos demais tribunais e juízos do País.
- 4) Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os membros dos Tribunais Superiores.
- 5) Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar os conflitos de competência envolvendo Tribunais Superiores e juízes vinculados a outros tribunais.
- 6) O Supremo Tribunal Federal não dispõe de competência originária para processar e julgar a ação popular, a ação civil pública e ações de improbidade administrativa, ainda que referentes a infrações praticadas pelo Presidente da República.
- 7) Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso ordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal.
- 8) A composição do Superior Tribunal de Justiça obedecerá à regra do “quinto constitucional”.

9) Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional. Essa regra é denominada pela doutrina de “quinto constitucional”.

10) Os Estados-membros organizarão sua Justiça, cabendo-lhes a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Federal.

11) Cabe ao Distrito Federal dispor sobre a organização do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

GABARITO:

1E 2C 3E 4E 5C 6C 7E 8E 9C 10E 11E

AULA 65: MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

A Constituição Federal criou, em plena harmonia com o sistema dos “freios e contrapesos” (checks and balances), o Ministério Público como um órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes da República, como autêntico fiscal da nossa federação, da separação dos Poderes, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais.

A autonomia e independência do Ministério Público, nos termos examinados a seguir, conferem ao órgão imparcialidade na sua atuação, sem ingerência dos demais Poderes do Estado.

1) COMPOSIÇÃO

O Ministério Público abrange:

I) o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do DF e Territórios

II) os Ministérios Públicos dos Estados.

Como se vê, o Ministério Público da União compreende, em sua estrutura, diferentes ramos do Ministério Público (federal, do trabalho e militar), bem assim o Ministério Público do DF e Territórios.

2) POSIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais Poderes da República, certamente como meio de explicitar sua autonomia e independência. Conforme lição do Ministro Sepúlveda Pertence, “a colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte, de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado” (RTJ 147/129-30, citado por Alexandre de Moraes).

Em verdade, considerando as atribuições que foram constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público, bem assim sua autonomia e independência, a discussão sobre a colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes da República é uma questão menor, secundária, de interesse meramente teórico. O que importa é sua feição constitucionalmente traçada, de órgão independente, não subordinado a nenhum dos Poderes da República, sujeito apenas à Constituição e às leis.

Ainda que admitida por alguns autores sua vinculação administrativa ao Poder Executivo, o relevante é que o Ministério Público constitui órgão autônomo e independente, com funções institucionais expressas no texto da nossa Carta Política, no exercício das quais não pode, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, sofrer ingerência dos demais Poderes da República.

3) PRINCÍPIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

São princípios do Ministério Público, constitucionalmente expressos, a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e a autonomia administrativa e financeira (CF, art. 127, §§ 1º e 2º).

3.1) PRINCÍPIO DA UNIDADE

A unidade do Ministério Público significa que seus membros integram um só órgão, sob única direção de um procurador-geral.

O princípio da unidade, porém, há que ser visto como “unidade dentro de cada Ministério Público”. Não existe, em face do tratamento constitucional, unidade entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos Estados, tampouco entre o Ministério Público de um Estado e o de outro, e nem mesmo entre os diferentes ramos do Ministério Público da União.

3.2) PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE

O princípio da indivisibilidade enuncia que os membros do Ministério Público não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, de acordo com as regras legais, sem nenhum prejuízo para o processo.

A indivisibilidade resulta do princípio da unidade, pois o Ministério Público é uno, não podendo subdividir em outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados uns dos outros. A atuação dos membros do Ministério Público é atuação do órgão, indivisível por expressa disposição constitucional.

3.3) PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

O Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não estando subordinado a quem quer que seja, a nenhum dos poderes; subordina-se somente à Constituição, às leis e à consciência de seus membros; os membros do Ministério Público não estão subordinados a nenhum outro Poder, isto é, nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário.

No exercício de suas competências constitucionais, o Ministério Público não se sujeita a ordens de ninguém, de nenhum dos Poderes do Estado; seus membros não devem obediência a instruções vinculantes de nenhuma autoridade pública. Nem mesmo seus superiores hierárquicos (Procurador-Geral, por exemplo) podem impor-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira num determinado processo.

A hierarquia existente dentro de cada Ministério Público, dos seus membros em relação ao Procurador-Geral, é meramente administrativa – e não de ordem funcional.

3.4) AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

A autonomia administrativa confere ao Ministério Público poderes para, observado o art. 169 da Constituição Federal, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira. No exercício dessa autonomia, o Ministério Público: elabora suas próprias folhas de pagamento; adquire bens e contrata serviços; edita ato de aposentadoria, exoneração de seus servidores etc.

A autonomia financeira outorga ao Ministério Público a competência para elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 127, § 3º).

A autonomia do Ministério Público está assentada, também, na outorga ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais de Justiça da iniciativa de lei sobre a organização, respectivamente, do Ministério Público da União e dos Estados (CF, art. 128, § 5º). Essa iniciativa, porém, será exercida concorrentemente com o Chefe do Executivo, por força do art. 61, § 1º, II, “d”, da Constituição Federal.

4) PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já deixou assente que o princípio do promotor natural tem sede constitucional (STF, HC 67.759/RJ).

O princípio do promotor natural proíbe designações casuísticas efetuadas pela chefia do Ministério Público, que estabeleceriam entre nós a figura do “promotor de exceção”. Segundo esse postulado, somente o promotor natural é competente para atuar no processo, como meio de garantia da imparcialidade de sua atuação, bem assim como garantia da própria sociedade, que terá seus interesses defendidos privativamente pelo órgão constitucional técnica e juridicamente competente.

O princípio do promotor natural impõe que o critério para a designação de um membro do Ministério Público para atuar numa determinada causa seja abstrato e pré-determinado, não podendo a Chefia do Ministério Público realizar designações casuísticas, arbitrárias, bem assim a substituição de um promotor por outro, fora das hipóteses expressamente previstas em lei.

5) FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A vigente Constituição ampliou significativamente as funções do Ministério Público, colocando-o como autêntico defensor da sociedade, nas esferas penal e cível, bem assim no zelo pela moralidade e improbidade administrativas.

Nos expressos termos da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Esse rol de competência, como bem expressa o inciso IX, acima transcrito, não é exaustivo, podendo outras competências ser outorgadas ao Ministério Público pelo legislador, desde que sejam elas compatíveis com sua missão constitucional.

Ao Ministério Público é vedada a atuação como representante judicial ou consultor jurídico de quaisquer entidades públicas.

Entre as funções do Ministério Público, assume relevo a competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A respeito, recomendo a leitura de minha aula específica sobre “ação civil pública”, em que essa competência do *Parquet* foi minuciosamente estudada.

6) NOMEAÇÃO DOS PROCURADORES-GERAIS

A nomeação do chefe do Ministério Público - seja do Ministério Público da União (Procurador-Geral da República), seja dos Ministérios Públicos dos Estados (Procurador-Geral de Justiça) – consubstancia mais uma garantia da Instituição, pois as regras constitucionalmente estabelecidas garantem a eles a necessária imparcialidade para o exercício de sua missão institucional.

O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República entre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após aprovação do seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal.

A nomeação é para o exercício do mandato de dois anos, permitidas sucessivas reconduções. Porém, em cada recondução, haverá necessidade de nova aprovação do Senado Federal, sempre por maioria absoluta (não há limite para o número de reconduções). A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

A nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos Estados e no Distrito Federal também obedece à regra constitucionalmente prevista, segundo a qual os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tripla entre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Anote-se que, na nomeação do Procurador-Geral de Justiça, há duas dessemelhanças em relação à nomeação do Procurador-Geral da República: a não participação do Poder Legislativo Estadual na escolha e nomeação do Procurador-Geral de Justiça (na nomeação do Procurador-Geral da República há participação obrigatória do Senado Federal) e permissão para só uma recondução do Procurador-Geral de Justiça (o Procurador-Geral da República pode ser reconduzido no cargo indeterminadamente, desde que haja aprovação do Senado Federal).

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional regra da Constituição Estadual que condicione a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação do Poder

Legislativo local (Assembléia Legislativa), “por consagrar critério discrepante do estabelecido no art. 128, § 3º, da Carta Federal e do princípio da independência e harmonia dos Poderes” (STF, Pleno, ADIn 1506/SE).

Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva (CF, art. 128, § 4º). Observe que, apesar de não ser constitucionalmente permitida a participação do Poder Legislativo Estadual na nomeação dos Procuradores-Gerais de Justiça, na sua destituição por iniciativa do Chefe do Executivo é obrigatória a participação da Assembléia Legislativa respectiva.

7) GARANTIAS DOS MEMBROS

São garantias constitucionais dos membros do Ministério Público: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio (CF, art. 128, § 5º).

Os membros do Ministério Público adquirem vitaliciedade após dois anos de efetivo exercício da carreira, mediante aprovação em concurso de provas e títulos, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado.

Uma vez no cargo, os membros do Ministério Público somente podem ser removidos ou promovidos por iniciativa própria, nunca de ofício, por iniciativa de qualquer autoridade, salvo em uma única exceção: por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa.

O subsídio dos membros do Ministério Público é irredutível (irredutibilidade nominal, e não real).

8) VEDAÇÕES CONSTITUCIONAIS

É vedado ao membro do Ministério Público:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Como se vê, a Constituição Federal veda expressamente ao membro do Ministério Público o exercício de atividade político-partidária, **salvo exceções previstas em lei** (quanto aos magistrados, cabe lembrar, não existe essa ressalva).

Essa ressalva veio explicitar que tal vedação não é absoluta, mas sim relativa, desde que atendidas as condições previstas em lei.

Ao amparo desse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação de que é possível constitucionalmente a filiação partidária de membro do Ministério Público, desde que esteja ele afastado de suas funções, devendo cancelar sua filiação partidária antes de reassumir suas funções no órgão. Enfim, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível a filiação partidária de membro do Ministério Público desde que haja, nos prazos previstos em lei, a chamada desincompatibilização (afastamento do cargo).

9) MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A Constituição Federal prevê a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, devendo ser aplicados aos membros desse Ministério Público os direitos, vedações e forma de investidura previstos para os demais membros do Ministério Público (CF, art. 73, § 2º, I c/c art. 130).

Houve grande controvérsia sobre a posição constitucional desse Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União: estaria ele dentro da estrutura do Ministério Público da União, sob a chefia do Procurador-Geral da República, ou integraria ele a estrutura do próprio Tribunal de Contas da União, sem nenhum vínculo com o Ministério Público da União?

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é Instituição que não integra o Ministério Público da União, cujos ramos foram taxativamente enumerados no art. 128, I, da Carta Política. Portanto, prevaleceu a tese de que tal Ministério Público é vinculado administrativamente ao próprio Tribunal de Contas da União (STF, Pleno, ADIn 798-1/DF).

O Supremo Tribunal também entende que o art. 75 da Constituição, por ser norma de organização e composição do Tribunal de Contas da União, é de observância obrigatória aos Estados-membros, em relação aos seus respectivos Tribunais de Contas.

Dessa forma, cada Estado-membro deverá estabelecer na sua Constituição Estadual a organização do Ministério Público que atuará perante o Tribunal de Contas do Estado (e do Município, se houver).

EXERCÍCIOS.

- 1) Compete privativamente ao Distrito Federal legislar sobre a organização do Ministério Público do Distrito Federal.
- 2) O Ministério Público, órgão integrante do Poder Judiciário, é instituição permanente e essencial à Justiça.
- 3) O princípio da unidade do Ministério Público enuncia que seus membros, em todas as esferas de governo, integram um só órgão, sob única direção do Procurador-Geral da República.
- 4) Segundo o princípio da indivisibilidade do Ministério Público, os seus membros não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, de acordo com as regras legais, sem nenhum prejuízo para o processo.
- 5) A hierarquia existente dentro de cada Ministério Público, dos seus membros em relação ao Procurador-Geral, é do tipo funcional.
- 6) A autonomia financeira outorgada constitucionalmente ao Ministério Público não o dispensa do cumprimento, na elaboração de sua proposta orçamentária, dos limites da lei de diretrizes orçamentárias.
- 7) A iniciativa de lei da organização do Ministério Público é exclusiva do Chefe do Executivo.
- 8) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do promotor natural não tem aplicação sob a égide da atual Constituição.
- 9) O princípio do promotor natural veda que a Chefia do Ministério Público realize designações casuísticas, arbitrárias, bem assim a substituição de um promotor por outro, fora das hipóteses expressamente previstas em lei.
- 10) Compete ao Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.
- 11) As competências constitucionalmente outorgadas ao Ministério Público constituem um rol taxativo, não podendo a lei estabelecer outras funções para o órgão, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.
- 12) O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, livremente nomeado pelo Presidente da República entre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, após aprovação do seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal.
- 13) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é legítima regra da Constituição Estadual que condicione a nomeação do Procurador-Geral de Justiça à prévia aprovação da Assembleia Legislativa.
- 14) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível constitucionalmente a filiação partidária de membro do Ministério Público.
- 15) O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União é órgão integrante do Ministério da União.

GABARITO:

1E 2E 3E 4C 5E 6C 7E 8E 9C 10C 11E 12E 13E 14C 15E

AULA 66: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. É tarefa não só dos tribunais do Judiciário, mas também do Legislativo e da Administração.

A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas.

Hodiernamente, refuta-se a tese *in claris cessat interpretatio* que dispensava a interpretação quando o conteúdo do dispositivo a ser aplicado fosse por demais evidente. Ao contrário, cada vez mais é reconhecida a imprescindibilidade da interpretação, especialmente em termos de leis constitucionais.

Como nos ensina Canotilho,

“toda a norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa”.

1) PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme dito acima, a interpretação constitucional não se distancia das regras e técnicas de interpretação das demais normas do ordenamento jurídico (critério teleológico, sistemático, histórico etc.), havendo apenas alguns princípios específicos, dada a singularidade e supremacia do texto de uma Constituição.

Destacaremos, a seguir, os princípios apontados pela doutrina como informadores da interpretação das normas constitucionais.

1.1) PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Segundo o princípio da unidade da Constituição, o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias) entre suas normas e, sobretudo, entre os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Enfim, o intérprete deve considerar a Constituição na sua globalidade, procurando harmonizar suas aparentes contradições; não pode interpretá-las como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

O princípio da unidade da Constituição é um dos mais relevantes elementos de interpretação, significando que o intérprete, juízes e demais autoridades encarregadas de aplicar os comandos constitucionais devem compreendê-los, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma unidade harmônica e sem contradições.

Em decorrência desse princípio, temos que:

- a) todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há hierarquia dentro da Lei Maior);
- b) não existem normas constitucionais inconstitucionais (devido à ausência de hierarquia entre os diferentes dispositivos, não se pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma regra em face de outra);
- c) não existem antinomias normativas verdadeiras entre os dispositivos constitucionais (o texto constitucional há que ser visualizado de modo harmônico e com ponderação, eliminando-se com isso eventuais antinomias aparentes).

1.2) PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

Como corolário do princípio da unidade da Constituição, o princípio integrador significa que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

Enfim, a tarefa precípua do intérprete é exatamente arrancar da conflitualidade constitucional soluções integradoras, que valorizem a unidade normativa da constituição.

1.3) PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

O princípio da máxima efetividade (ou princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva) reza que a uma norma constitucional deve ser atribuído pelo intérprete o sentido que maior eficiência lhe dê.

Embora sua origem esteja ligada à eficácia das normas programáticas, é hoje princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, sendo sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve-se preferir a interpretação que lhes reconheça maior eficácia).

1.4) PRINCÍPIO DA JUSTEZA

O princípio da justeza (ou da conformidade funcional) estabelece que o órgão encarregado de interpretar a Constituição não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo legislador constituinte.

Enfim, não pode o intérprete, na sua função de aplicador das normas constitucionais, alterar a repartição de funções estabelecida pelo poder constituinte originário.

1.5) PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO

“A constituição deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido” (Jorge Miranda).

O princípio da harmonização (ou da concordância prática) impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Fundamenta-se na idéia do igual valor dos bens constitucionais (ausência de hierarquia entre dispositivos constitucionais), que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre esses dispositivos.

Esse princípio é de suma importância para a solução dos conflitos (colisões) entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, assunto já por mim abordado em outra aula.

1.6) PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Na interpretação constitucional, deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da Lei Fundamental. O intérprete deve valorizar as soluções que possibilitam a atualização normativa, a eficácia e permanência da constituição.

1.7) PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O princípio da interpretação conforme a Constituição impõe que no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas (que admitem mais de uma interpretação) deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.

Esse princípio, corolário dos princípios da supremacia da constituição e da presunção de constitucionalidade das leis, impõe que:

a) dentre as várias possibilidades de interpretação, deve-se escolher a que não seja contrária ao texto da Constituição;

b) a regra seja a não declaração da inconstitucionalidade das leis, mas sim a conservação das leis: uma lei não deve ser declarada inconstitucional quando ela puder ser interpretada em conformidade com a constituição;

1.7.1) LIMITES À INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A interpretação conforme a constituição, porém, encontra limites.

Primeiro, porque o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, mesmo que por meio da interpretação se consiga uma concordância da lei com a Constituição.

Segundo porque a interpretação conforme a constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que são admissíveis diferentes propostas interpretativas: uma em conformidade com a Constituição e que deve ser preferida, e outras em desconformidade com ela.

Terceiro porque no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em contradição com a Constituição, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma.

Finalmente, deve o intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação conforme a Constituição quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo legislador. Nessa hipótese, se o resultado interpretativo conduz a uma regra em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador, há que ser afastada a interpretação conforme a constituição, sob pena de transformar o intérprete em autêntico e ilegítimo legislador positivo.

1.7.2) INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O princípio da interpretação conforme a constituição exerce, também, papel fundamental no controle de constitucionalidade das leis.

No Brasil, reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há tempos, foi positivado pelo legislador ordinário como técnica de decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADECON), nos seguintes termos (Lei 9.868, de 1999, art. 28):

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, **inclusive a interpretação conforme a Constituição** e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Embora positivado apenas sua utilização no âmbito do controle concentrado, o princípio tem sido largamente utilizado no Brasil pelos diversos tribunais do País, também no âmbito do controle difuso ou incidental, com a única diferença que, nesses casos, a interpretação dada só vinculará as partes do processo, como é próprio dessa via de controle (eficácia inter partes).

1.8) VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO SEGUNDO AS LEIS

Desenvolveu-se na doutrina uma tese de interpretação da constituição segundo as leis. Segundo os ideólogos dessa técnica, certas leis, especialmente as mais antigas, enraizadas no ordenamento jurídico, ofereceriam ao intérprete sugestões para a interpretação das normas, normalmente de natureza abstrata e indeterminada. Partir-se-ia, então, das leis para a concretização do direito constitucional.

No nosso ordenamento constitucional, essa tese não merece ser acolhida.

A meu ver, sendo a nossa Constituição do tipo formal, rígida, não se pode admitir essa interpretação “de baixo para cima”, sob pena de flagrante desrespeito ao princípio da supremacia da Constituição, com a conseqüente quebra de todo o quadro hierárquico das leis.

Ademais, não se deve olvidar a possibilidade de, com o emprego dessa técnica interpretativa “de baixo para cima”, chegar-se a uma interpretação flagrantemente inconstitucional, em razão de a lei tomada como parâmetro ter ganhado novo sentido com o texto constitucional, ou de ter a própria lei sofrido modificações que a tornou incompatível com a Lei Maior. Teríamos, nesse caso, “a legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei” (Canotilho).

1.9) INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A LICC

Questão que nos aparece com relevância é saber se os preceitos da Lei de Introdução do Código Civil (LICC), que cuidam das regras de interpretação do direito ordinário, são aplicáveis à interpretação das normas constitucionais.

Para a análise da questão, há que se partir da premissa de que estamos falando de uma norma de natureza ordinária, que cuida da interpretação da lei. É notório, portanto, que caso se vislumbrasse

qualquer incompatibilidade de suas regras com os princípios constitucionais estaríamos diante de sua invalidade, pela mácula da inconstitucionalidade.

Entretanto, como a Constituição não cuidou expressamente da interpretação constitucional, e bem assim na legislação ordinária não se encontram regras a respeito, parece-nos plenamente aplicáveis as regras da LICC à interpretação das normas constitucionais.

Não pelo fato de tais regras estarem inseridas na lei civil, que não é dotada de nenhuma preeminência no quadro da hierarquia das leis no nosso ordenamento; não porque seus dispositivos vinculam a Constituição, no tocante à sua interpretação, mas sim devido ao fato de consubstanciarem uma vontade legislativa, não contrariada por nenhum outro dispositivo constitucional ou legal, a respeito dos tão conhecidos problemas de interpretação.

1.10) A DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS

A teoria dos poderes implícitos, desenvolvida pelo constitucionalismo norte-americano, fundamenta-se na idéia de que, para cada poder outorgado pela constituição a certo órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para a execução desse poder. Enfim, para a teoria dos poderes implícitos, a atribuição de direitos constitucionais envolve a correspondente atribuição de capacidade para o seu exercício.

Importa-nos essa teoria porque, segundo seus cânones, na interpretação de um poder constitucional, todos os meios ordinários e apropriados a executá-los devem ser vistos como parte desse próprio poder.

Enfim, para os ideólogos da tese dos poderes implícitos, onde se pretende o fim se autorizam os meios. Toda vez que a Constituição outorga um poder, aí se incluem, implicitamente, todos os meios necessários à sua efetivação, desde que guardada uma adequação entre os meios e o fim (princípio da proporcionalidade).

Nessa perspectiva, a outorga constitucional de um poder deve ser interpretada presumindo-se que às autoridades públicas foram, simultânea e implicitamente, conferidos amplos poderes para a concretização desse poder.

EXERCÍCIOS.

- 1) Uma norma constitucional, fruto do poder constituinte originário, não pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que não esteja de acordo com algum princípio fundamental, inspirador da Constituição, como o da isonomia e o da democracia.
- 2) Pelo princípio da interpretação conforme a Constituição, o aplicador evita declarar inconstitucional uma norma, buscando um sentido teleológico do preceito que o compatibilize com a Constituição, sendo irrelevante para esse esforço o sentido literal da norma.
- 3) O princípio da concordância prática ou da harmonização, numa sociedade democrática, determina que se dê sempre prevalência aos bens protegidos como direitos fundamentais em caso de conflito com outros bens também constitucionalmente protegidos.
- 4) Segundo o princípio da força normativa da Constituição, os critérios interpretativos teleológico e histórico devem invariavelmente preponderar sobre o sistemático e o gramatical, quando se tratar de interpretar e aplicar a norma constitucional.
- 5) Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser consideradas, não isoladamente, mas como preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios.
- 6) Segundo o princípio da conformidade funcional, as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com a função que exercem para o progresso material do país.
- 7) Não se aplicam à interpretação constitucional as regras de hermenêutica voltadas para a interpretação das demais leis do ordenamento.
- 8) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na interpretação conforme a Constituição pode o Tribunal atuar como autêntico legislador positivo.
- 9) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a técnica interpretação conforme a Constituição só pode ser utilizada quando a norma impugnada admitir, dentre as várias

interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Lei Maior, e não quando o sentido da norma é unívoco.

- 10) Segundo o princípio do efeito integrador, na resolução de problemas jurídico-constitucionais deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política.

GABARITO:

1C 2E 3E 4E 5C 6E 7E 8E 9C 10C

AULA 67: INTERVENÇÃO

No nosso Estado Federado, a regra é a autonomia dos entes estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), como bem preceitua o art. 18 da Carta Política. Essa autonomia é caracterizada pela capacidade de auto-organização e normatização, bem assim pelo autogoverno e auto-administração, conferidos constitucionalmente a todos os entes federativos.

A Constituição Federal permite, porém, o excepcional afastamento dessa autonomia política, diante do interesse maior de preservação da própria unidade federativa, por meio da intervenção de uma entidade política sobre outra.

Exatamente por constituir medida excepcional, a intervenção – seja ela federal ou estadual – somente poderá efetivar-se nas hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal. As situações descritas constitucionalmente são as únicas que legitimam a decretação da intervenção no nosso sistema jurídico. Nem o legislador ordinário, nem o poder de reforma, nem a Constituição do Estado poderão alargar tais hipóteses, com tendência a abolir a forma federativa de Estado, pois isso implicaria violação à cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, I).

Como nos ensina o Prof. Alexandre de Moraes, a intervenção “consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Para o Ministro Celso de Mello, “o mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização – necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política –, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo; (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas; (c) a promover a unidade do Estado Federal e (d) a preservar a incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República” (STF, Intervenção Federal nº 591-9/BA).

Cabe ressaltar que a intervenção funciona, outrossim, como meio de controle de constitucionalidade, pois é medida coercitiva última para o restabelecimento da obediência à Constituição Federal por parte dos entes federativos.

1) COMPETÊNCIA

Em regra, a União tem competência para intervir nos Estados e no Distrito Federal e os Estados são competentes para a intervenção nos respectivos Municípios de seu território. De regra, a União não intervém diretamente em Municípios.

Porém, há uma hipótese excepcional em que a União dispõe de competência para intervir diretamente em Município: no caso da existência de Território Federal, se este for dividido em Município (CF, art. 35).

2) REQUISITOS

Para que legitimamente haja a intervenção, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos:

- a) ocorrência de uma das hipóteses taxativamente enumeradas na Constituição como autorizativas da intervenção;
- b) intervenção de ente político mais amplo no ente político menos amplo (União nos Estados e Distrito Federal ou, excepcionalmente, nos Municípios de Território Federal; Estados nos Municípios de seu território);
- c) ato político (decretação da intervenção), executado exclusivamente pelo Chefe do Executivo (Presidente da República ou Governador de Estado), a quem caberá, também, a execução das medidas interventivas

3) INTERVENÇÃO FEDERAL

A intervenção federal poderá efetivar-se de maneira espontânea (ou de ofício) ou provocada.

Há intervenção espontânea (ou de ofício) nas hipóteses em que a Constituição autoriza que a intervenção seja efetivada diretamente, e por iniciativa própria, pelo Chefe do Executivo. O Chefe do Executivo, dentro de seu juízo de discricionariedade, decide pela intervenção e, de ofício, a executa, independentemente de provocação de outros órgãos.

São hipóteses de intervenção espontânea: para a defesa da unidade nacional (CF, art. 34, I e II); para a defesa da ordem pública (CF, art. 34, III); para a defesa das finanças públicas (CF, art. 34, V).

Há intervenção provocada quando a medida depende de provocação de algum órgão ao qual a Constituição conferiu tal competência. Nessas hipóteses, não pode o Chefe do Executivo tomar a iniciativa e executar, de ofício, a medida; dependerá ele da manifestação de vontade do órgão que recebeu tal incumbência constitucional. Segundo a Constituição, a provocação poderá dar-se mediante "solicitação" ou "requisição".

A provocação mediante requisição está prescrita nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 34, IV (requisição do STF); art. 34, VI (requisição do STF, STJ ou TSE); art. 34, VII (requisição do STF).

A provocação mediante solicitação está prevista no art. 34, IV, na defesa dos Poderes Executivo ou Legislativo.

3.1) PROCEDIMENTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

O procedimento de intervenção da União nos Estados-membros e no Distrito Federal, a depender da hipótese, pode passar pelas seguintes fases:

- a) iniciativa;
- b) fase judicial (somente presente em duas hipóteses de intervenção: CF, art. 34, VI e VII);
- c) expedição do decreto interventivo;
- d) controle político do Legislativo (não ocorrerá em duas hipóteses de intervenção: CF, art. 34, VI e VII).

3.1.1) INICIATIVA

A depender da hipótese de intervenção, a Constituição Federal estabeleceu quem poderá dar início ao procedimento interventivo, a saber:

- a) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA:** nas hipóteses de intervenção espontânea (ou de ofício), previstas no art. 34, I, II, III e V, da Constituição o próprio Presidente da República poderá tomar a iniciativa e decretar a intervenção federal;
- b) **PODER LEGISLATIVO (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA OU CÂMARA LEGISLATIVA) OU PODER EXECUTIVO LOCAL (GOVERNADOR DO ESTADO OU DO DISTRITO FEDERAL):** na hipótese do art. 34, IV, da Constituição esses poderes locais solicitarão ao Presidente da República a intervenção federal, a fim de que a União venha garantir o livre exercício de suas funções;
- c) **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:** se o Poder Judiciário local estiver sendo coagido (CF, art. 34, IV), deverá solicitar ao Supremo Tribunal Federal que, se entender for o caso, requisitará a intervenção federal ao Presidente da República;
- d) **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA OU TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL:** no caso de desobediência à ordem ou decisão judicial (CF, art. 34, VI), a intervenção dependerá da requisição de um desses tribunais ao Presidente da República (se o descumprimento for de ordem ou decisão do TSE, caberá a ele próprio a requisição; se o descumprimento for de ordem ou decisão do STJ, caberá a ele a requisição; se o descumprimento for de ordem ou decisão do STF, da Justiça Federal, Estadual, do Trabalho ou Militar, caberá ao STF a requisição);
- e) **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA:** no caso de ofensa aos "princípios sensíveis" (CF, art. 34, VII), a intervenção dependerá de representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o STF; se o caso for de desobediência à lei federal (CF, art. 34, VI), a representação do Procurador-Geral da República será perante o STJ.

3.1.2) FASE JUDICIAL

A fase judicial ocorre somente em duas hipóteses de intervenção federal: ofensa aos chamados "princípios sensíveis" (CF, art. 34, VII), em que a representação do Procurador-Geral da República será perante o STF; e inexecução de lei federal pelo Estado ou Distrito Federal (CF, art. 34, VI), caso em que a representação do Procurador-Geral da República será perante o STJ.

Nessas duas situações, efetuada a representação pelo Procurador-Geral da República, caberá ao Tribunal respectivo a fiscalização da constitucionalidade da medida interventiva. Se julgada procedente a representação, será ela encaminhada ao Presidente da República, para os fins de expedição do decreto interventivo.

Anote-se que os Tribunais competentes para apreciar a representação interventiva (STJ ou STF) não decretarão a intervenção federal, medida de competência privativa do Presidente da República (CF, art. 84, X). O Poder Judiciário apenas apreciará a constitucionalidade da medida, verificando se realmente houve violação a uma das hipóteses constitucionalmente previstas, e encaminhará o processo ao Presidente da República, para que este, no uso de sua competência constitucional, decrete e execute a intervenção.

3.1.3) DECRETO INTERVENTIVO

A intervenção federal será decretada por meio de decreto expedido pelo Presidente da República, que, uma vez publicado, terá eficácia imediata, legitimando os demais atos do Chefe do Executivo na execução da medida.

O decreto interventivo especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se for o caso, nomeará temporariamente o interventor, com o conseqüente afastamento das autoridades locais de suas funções (CF, art. 36, I). Anote-se que a intervenção será sempre temporária, em face do seu caráter excepcional.

O decreto presidencial deverá ser submetido à apreciação do Congresso Nacional no prazo de vinte e quatro horas, que, estando de recesso, será convocado extraordinariamente, no mesmo prazo de vinte e quatro horas. Caso o Congresso Nacional não aprove a decretação da intervenção, o Presidente da República deverá cessá-la imediatamente, sob pena de crime de responsabilidade.

Nas hipóteses previstas no art. 34, VI (inexecução de lei federal) e VII (ofensa aos princípios sensíveis), o controle político pelo Legislativo será dispensado, e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (CF, art. 36, § 3º).

Nas hipóteses de intervenção espontânea (ou de ofício), o Presidente da República ouvirá os Conselhos da República (CF, art. 90, I) e o de Defesa Nacional (CF, art. 91, § 1º, II), que opinará a respeito. Ouvidos tais Conselhos, decidirá o Presidente da República, discricionariamente, sobre a decretação da intervenção.

4) INTERVENÇÃO ESTADUAL

Os Estados-membros poderão intervir nos Municípios localizados em seu território. Ressalvada a hipótese de intervenção federal em Município localizado em Território Federal, todas as intervenções em Município serão decretadas e executadas pelos Estados.

Da mesma forma que a intervenção federal, a intervenção de Estado em Município também é medida excepcional, que somente pode ser decretada nas hipóteses taxativamente enumeradas na Constituição Federal. Seria, portanto, flagrantemente inconstitucional a tentativa de a Constituição Estadual estabelecer outras hipóteses de intervenção nos Municípios.

As hipóteses que autorizam a intervenção estadual estão enumeradas no art. 35 da Constituição Federal, aplicando-se a ela as mesmas regras atinentes à intervenção federal (decreto do Chefe do Executivo, controle político pelo Legislativo, temporalidade etc.).

Na hipótese de intervenção prevista no inciso IV do art. 35, a decretação da intervenção dependerá de ser julgada procedente pelo Tribunal de Justiça representação do Procurador-Geral de Justiça (Chefe do Ministério Público Estadual). Como se vê, repetiu o legislador constituinte, nessa hipótese, a regra do controle judicial da intervenção também no plano estadual, mediante o ajuizamento de representação interventiva pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça.

EXERCÍCIOS.

- 1) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a intervenção da União em Município afronta, em qualquer hipótese, a autonomia municipal.
- 2) Por constituir medida excepcional, a intervenção federal somente poderá efetivar-se nas hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal.
- 3) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Estadual é livre para ampliar as hipóteses de intervenção nos respectivos Municípios.
- 4) A intervenção, na vigente Constituição, constitui meio de controle de constitucionalidade.
- 5) A depender da hipótese, até mesmo o Poder Judiciário atuará no procedimento de intervenção.

- 6) Denomina-se “intervenção espontânea” aquela em que a Constituição autoriza que tal medida seja efetivada diretamente, e por iniciativa própria, pelo Chefe do Executivo.
- 7) A intervenção na hipótese de ofensa aos “princípios sensíveis” consubstancia intervenção espontânea.
- 8) O decreto interventivo especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e, em qualquer caso, nomeará o interventor, com o conseqüente afastamento das autoridades locais de suas funções.
- 9) O decreto interventivo deverá ser submetido à apreciação do Congresso Nacional no prazo de vinte e quatro horas, que, estando de recesso, será convocado extraordinariamente, no mesmo prazo de vinte e quatro horas. Caso o Congresso Nacional não aprove a decretação da intervenção, o Presidente da República deverá cessá-la imediatamente, sob pena de crime de responsabilidade.
- 10) No plano estadual, a representação interventiva será ajuizada pelo Procurador-Geral do Estado perante o Tribunal de Justiça.
- 11) No caso de ofensa aos chamados “princípios sensíveis”, a representação interventiva deverá ser proposta pelo Advogado-Geral da União, perante o Supremo Tribunal Federal.
- 12) No caso de ofensa aos chamados “princípios sensíveis”, a representação interventiva deverá ser proposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Superior Tribunal de Justiça.
- 13) Na hipótese de descumprimento de lei federal e de ofensa aos princípios sensíveis por parte do Estado-membro, a representação interventiva será proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.
- 14) Na hipótese de descumprimento de lei federal pelo Estado-membro, a representação interventiva será proposta pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

GABARITO:

1E 2C 3E 4C 5C 6C 7E 8E 9C 10E 11E 12E 13E 14E

GABARITOS DOS EXERCÍCIOS

AULA 1: 1E 2C 3C 4C 5E 6E 7C 8C 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15C 16E 17E 18E 19E 20E 21E 22E 23C 24E 25E 26E 27E 28E 29C 30E

AULA 2: 1C 2C 3C 4E 5C 6E 7C 8E 9E 10E

AULA 3: 1E 2E 3E 4E 5E 6C 7C 8E 9E 10C 11E 12E 13E

AULA 4: 1E 2C 3E 4E 5C.

AULA 5: 1E

AULA 6: 1E 2C 3C 4C

AULA 7: 1E 2E 3C

AULA 8: 1E 2C 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15E 16C 17E 18C 19E 20E 21E

AULA 9: 1E 2E 3E 4E 5E 6E 7E 8E 9C 10E 11C 12C

AULA 10: 1C 2C 3C 4C 5C 6E

AULA 11: 1C 2E 3E 4C 5C 6E 7E 8C 9E 10C 11C 12E 13E 14E 15E 16E 17E 18C 19E 20E 21E 22C 23E 24C 25E 26E 27C 28E

AULA 12: 1E 2E 3E 4C 5E 6E 7E 8E 9C 10E

AULA 13: 1E 2C 3E 4E 5C 6C 7C 8E 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15E 16E

AULA 14: 1C 2E

AULA 15: 1E 2E 3C

AULA 16: 1E 2C 3E 4E 5E 6E 7C 8C

AULA 17: 1C 2C 3E 4C

AULA 18: 1C 2E 3C 4C 5E

AULA 19: 1E 2C 3E

AULA 22: 1C 2E 3E 4E 5E

AULA 23: 1C 2C 3E 4E 5C 6E 7E 8E

AULA 25: 1C 2C 3E 4E

AULA 28: 1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9E 10E 11E 12E

AULA 29: 1C 2E 3C 4C

AULA 30: 1E 2E

AULA 31: 1C 2C 3E 4E 5E 6E 7E 8C 9C 10E 11E 12E 13E 14E 15E 16C 17E 18E 19E 20E 21E 22E 23E 24E 25E 26E 27E 28C 29E 30C 31C 32E 33E 34E 35E 36E 37C 38E 39E 40C 41C 42C 43C 44E 45C 46E 47E 48C 49E 50E 51E 52 E 53 E.

AULA 33: 1E 2E 3E 4C 5C 6C 7E 8E 9E10E 11E 12C 13E 14E 15E 16E 17E 18E 19E 20C 21E 22E 23E 24E 25C 26E 27E 28C 29C 30C 31C 32E 33C

AULA 34: 1C 2E 3E 4C 5E 6E 7C 8C 9E 10E 11E 12C 13C 14E 15E 16E 17E 18E 19C 20E 21E 22E 23E 24E 25C 26E 27E 28E 29E 30C 31E 32E 33C 34E 35E 36E 37E 38E 39E 40E 41E 42E 43E 44E 45E 46E 47C 48C 49E 50E 51E 52E 53C 54E 55E 56E 57C 58C 59C 60E 61E 62C 63E 64C 65E 66C 67E 68E 69E 70C 71E 72E 73E 74E 75C 76E 77C 78E 79C 80E 81E 82E 83C

AULA 35: 1E 2E 3E 4C 5E 6C 7C 8E 9C 10C 11E 12C 13C 14E 15E

AULA 36: 1C 2E 3E 4E 5C 6E 7C 8C 9E 10E 11C 12E 13E 14C 15C 16C 17E 18C 19C 20C 21C 22E 23C 24E 25E 26E 27E 28E 29C 30E 31E 32E 33E 34C 35E

AULA 37: 1E 2E 3C 4C 5E 6E 7E 8E 9E 10C 11E 12E 13E 14E 15C 16E 17C 18E

AULA 38:1C 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10E 11C 12E 13E 14E 15E 16E 17E 18E 19E 20E 21E 22C 23E 24E 25C 26C 27E 28E 29E 30C 31E

AULA 39: 1C 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9C 10C

AULA 40: 1C 2C 3E 4C 5E 6E 7E 8C 9E 10E 11C 12C 13E 14E 15C 16E 17E 18C 19C 20E 21E 22C 23E 24C 25E 26E

AULA 41: 1E 2E 3E 4C 5E 6C 7C 8C 9E 10E 11C 12E 13C 14E

AULA 42: 1C 2C 3C

AULA 43: 1C 2C 3E

AULA 44: 1E 2E 3C 4E 5C 6C 7C 8E

AULA 45: 1E 2E 3E 4E 5E

AULA 46: 1E 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13C 14C 15C 16C 17E

AULA 47: 1C 2C 3C 4E 5E 6E 7E 8E 9E 10E 11E 12E 13C 14E 15E 16E 17E 18E 19E 20C 21C 22C 23E 24E 25C 26C 27C 28E 29E 30E

AULA 48: 1E 2E 3C 4C 5C 6E 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13C 14C 15E 16C 17C 18C 19E 20E 21C 22C 23E 24E 25E 26E 27E 28C 29E 30C 31E 32E 33C 34C 35C 36C 37E 38C 39C 40E 41E 42C 43C 44E 45E 46E 47C 48E 49E 50E 51E 52E 53E 54E 55C 56E 57C 58C 59E 60E 61C

AULA 49: 1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9C 10C 11C 12C 13C 14C 15C 16C 17E 18C 19C 20C 21C 22C 23C 24C 25E 26E 27C 28C 29E 30C

AULA 50: 1E 2C 3E 4E 5E 6C 7E 8C 9E 10C 11E 12C 13C 14E 15C 16E 17E 18E 19E 20E 21E 23C 24E 25C 26C 27C 28C 29E 30C 31C 32E 33C 34E 35C 36C 37C 38C 39C 40C

AULA 51: 1E 2C 3E 4E 5C 6C 7C 8C 9E 10E 11C

AULA 52: 1C 2E 3E 4E

AULA 53: 1E 2E 3E 4C 5E 6C 7C

AULA 54: 1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9C 10E 11C

AULA 55: 1C 2E 3C 4E 5E 6E 7E 8C 9C 10E 11E 12E 13E 14E

AULA 56: 1E 2E 3E 4C 5E 6E 7E 8E 9E 10C 11C 12C 13C 14C 15C 16C 17C 18C 19E 20C 21E 22E 23E 24C 25E 26E 27E 28C 29E 30C 31E 32E 33C 34C 35C 36C 37E 38E 39C 40E 41E 42C 43C 44E 45E 46E

AULA 57: 1E 2E 3E 4E 5E 6E 7C 8E 9C 10E 11E 12E 13C 14E 15C 16E

AULA 58: 1E 2E 3C 4C 5C 6E 7E 8E 9C 10C

AULA 59: 1C 2E 3C 4C 5C 6C 7E 8E 9C 10C 11C 12C

AULA 60: 1E 2E 3E 4E 5C 6E 7E 8E 9C 10E 11E 12E 13E

AULA 61: 1E 2E 3E 4E 5E 6E 7E 8E 9E 10C

AULA 62: 1C 2C 3E 4E 5E 6E 7E 8E 9E 10E 11E 12C 13E 14C 15E 16C 17E 18C 19E 20C 21C 22E 23C 24C 25C 26C

AULA 63: 1E 2E 3E 4E 5E 6C 7E 8E 9E 10C 11E

AULA 64: 1E 2C 3E 4E 5C 6C 7E 8E 9C 10E 11E

AULA 65: 1E 2E 3E 4C 5E 6C 7E 8E 9C 10C 11E 12E 13E 14C 15E

AULA 66: 1C 2E 3E 4E 5C 6E 7E 8E 9C 10C

AULA 67: 1E 2C 3E 4C 5C 6C 7E 8E 9C 10E 11E 12E 13E 14E